J. C.
o
329 a/1

D. Ernſt Gottfried Schmidts,
weiland Profeſſors der Rechte und Hofgerichts-Advokatens
zu Jena,

theoretiſch-practiſcher Commentar

über
ſeines Vaters,
D. Johann Ludwig Schmidts,
practiſches Lehrbuch
von
gerichtlichen Klagen und Einreden.

Zweyte vermehrte Auflage.

Herausgegeben
von
Johann Chriſtian Wilhelm Faſelius,
Herzoglich-Sachſen-Weimariſchem Hof-Advokaten und Stadtſchreiber
zu Jena.

Zweyter Band.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1801.

Zweyter Band.

Erläuterungen

der

Präjudicial- und der dinglichen, wie auch der mit letztern verwandten Klagen.

KÖNIGL. BAYER. BIBLIOTHEK. BAMBERG.

Des

praktiſchen Lehrbuchs

und zwar

des zweyten Theils

Zweyter Abſchnitt.

Von

den Petitorienklagen.

Zweyter Abſchnitt.

Von
den Petitorienklagen.

Erſte Abtheilung.

Von

den Präjudicial-Klagen ſowohl überhaupt, als insbeſondere.

§. 218.

Den Poſſeſſorienklagen, die wir zuſammen oben a) kennen gelernt haben, werden die Petitorienklagen, das iſt diejenigen, bey welchen die Streitfrage das Recht betrifft, entgegengeſetzt, und dieſe zerfallen in zwey Hauptabtheilungen, in Präjudicial- oder Zuſtands-

a) 1ſter Band §. 144—217.

ſtandsklagen und in Nichtpräjudicial- oder Sachklagen, je nachdem durch ſelbige die Verfolgung eines Rechts der Perſonen, eines Zuſtandsrechts, oder eines Rechts der Sachen geſchiehet b). Wir machen den Anfang mit Abhandlung der Zuſtands- oder Präjudicialklagen. — Der Zuſtand (Status), im juriſtiſchen Sinn, iſt eine Eigenſchaft, vermöge deren ein Menſch gewiſſe Rechte beſitzt c). Man theilt ihn bekanntlich in den natürlichen, und in den bürgerlichen. Jener bedeutet eine natürliche, innerliche, phyſiſche Eigenſchaft, die gewiſſe Rechte hervorbringt d): dieſer eine moraliſche Eigenſchaft, ein Verhältniß, woraus Rechte entſpringen. Ein Menſch, der einen bürgerlichen Zuſtand beſitzt, heißt nach römiſchem Recht eine Perſon e); und der Inbegrif derjenigen Rechte, die Jemanden wegen ſeines Zuſtandes angehören, macht das Recht der Perſonen, oder das Zuſtandsrecht (jus perſonarum) aus. Sobald Jemand einen gewiſſen Zuſtand erhält, ſobald über-

b) Siehe das Lehrbuch §. 30. u. 32.

c) Nur diejenigen Eigenſchaften, wovon Rechte und Verbindlichkeiten abhängen, machen den Zuſtand eines Menſchen aus. Zum Beyſpiel: Minderjährigkeit, Freyheit, Blödſinnigkeit und dergl. Andre kommen nicht in Betrachtung.

d) So gehören z. B. Minderjährigkeit, Blödſinn u. ſ. w. zum natürlichen Zuſtande.

e) Die Römer rechneten daher, wie ſchon aus den Inſtitutionen bekannt iſt, die Knechte nicht unter die Perſonen, ſondern unter die Sachen, weil ſie keinen einzigen bürgerlichen Zuſtand (dergleichen es, wie unten vorkommen wird, mehrere Gattungen gab), gar keine Rechte im römiſchen Staate hatten. Deshalb nannten ſie ſolche auch: *homines ſine capite.*

überkömmt er auch von ſelbſt die von dieſem Zuſtande abhängenden Rechte nnd Verbindlichkeiten; dieſer wird er aber verluſtig, ſobald gedachter Zuſtand aufhört. Oft werden aber die von einem gewiſſen Zuſtande abhängenden Rechte und Verbindlichkeiten von einem Andern, weil derſelbe das Daſeyn des Zuſtandes leugnet, oder wenigſtens in Zweifel ziehet, beſtritten, und dann iſt zuvörderſt das Daſeyn des Zuſtandes auſer Zweifel zu ſetzen, ehe der Streit über die davon abhängenden Rechte und Verbindlichkeiten berichtiget werden kann. Denn, ſo lange noch über das Daſeyn des Zuſtandes Dunkel vorhanden iſt, ſo lange kann über den Grund oder Ungrund der Rechte und Verbindlichkeiten, welche davon abhängen ſollen, nicht geurtheilt werden. **Die Klagen** nun, **welche darauf abzwecken, daß der Streit über die Frage: ob Jemand einen gewiſſen Zuſtand habe, oder nicht habe? berichtiget werde, heißen Zuſtands- oder Präjudicialklagen** f).

Von

f) Präjudicialklagen heißen ſie, weil von der Entſcheidung derſelben gemeiniglich viele andere Rechtsfragen abhängen (quia multis aliis cauſſis *praejudicium* faciunt) und ſie alſo zuvor auszumachen ſind, ehe über andere davon abhängende Fragen erkannt werden kann. So hängen zum Beyſpiel von der actione filiali, wo darüber geſtritten wird: ob ich ein Sohn von Jemanden bin, die Fragen ab: ob er mich zu ernähren ſchuldig ſey? ob ich unter ſeiner väterlichen Gewalt ſtehe? ob er mich, und ich ihn zum Erben ernennen müſſe, u. ſ. w. Sollte daher dieſer Rechte wegen eher geklagt worden ſeyn; ſo ſtünde der Klage die exceptio *praejudicii* entgegen. (1ſter Band S. 231). Geſetzt alſo, ich hätte Jemanden mit der Alimentenklage belangt, daß er mich ernähren ſolle, indem ich ſein leiblicher, in rechtmäßiger Ehe von ihm erzeugter Sohn ſey;

Von der imploratione pro conſequendo ſtatu (Imploration zur Erlangung eines gewiſſen Zuſtandes).

§. 218. a.

Wenn man eines gewiſſen Zuſtandes, weil man dazu ein Recht zu haben glaubt, theilhaftig zu werden wünſcht, ein Anderer aber uns hieran hinderlich iſt, und man ſich daher obrigkeitlichen Beyſtand zu ſuchen genöthiget ſiehet, ſo iſt die Klage, welche gegen den Widerſprechenden angeſtellt werden ſoll, keine Präjudicialklage, ſondern eine bloße **Imploration zur Erlangung eines Zuſtandes.** Von dieſem Rechtsmittel wird vorzüglich in ſolchen Fällen häufiger Gebrauch gemacht, wenn Jemand in eine Zunft oder Innung als Mitglied aufgenommen zu werden wünſcht, die Zunft aber einem ſolchen in ſeinem Vorhaben hinderlich iſt; daher hat der Verfaſſer des Lehrbuchs, wegen ihres praktiſchen Nutzens derſelben hier am ſchicklichen Ort kürzlich Erwähnung gethan.

§. 218. b.

Der **Implorant** iſt der Candidat, welcher zu einem Znſtande zugelaſſen zu werden verlangt. Zum Bey-

ſey; dieſer mein angeblicher Vater aber hätte die Vaterſchaft noch nicht zugeſtanden, ſo kann er exceptionem *praejudicii* vorſchützen; es müſſe nämlich erſt in rechtliche Gewißheit geſetzt werden, ob ich auch wirklich ſein Sohn ſey, ehe über die Frage: ob er mir Alimente zu geben verbunden? erkannt werden könne. Im corpore juris heißen dieſe Klagen auch *praejudicia*. Man ſehe L. 8. §. 2. D. de in jus vocando; L. 35. §. 2. de procurat. L. 1. §. 1. L. 8. §. 1. D. de R. V.

Beyſpiel: ein Handwerksgeſell, der in eine gewiſſe Zunft als Meiſter aufgenommen zu werden wünſcht.

§. 218. c.

Der Implorat iſt derjenige, welcher, wegen eines beſondern, angeblich habenden Intereſſe, den Candidaten zu dem in Frage ſeyenden Zuſtand nicht gelangen laßen will. Ein ſolcher pflegt ein **rechtmäßiger Widerſprecher** (legitimus contradictor) genannt zu werden, dergleichen iſt zum Beyſpiel die Zunft, die dem Meiſterrechts-Candidaten in ſeinem Vorhaben hinderlich iſt.

§. 218. d.

Der Candidat hat in dieſer Imploration anzuführen, daß er diejenigen Eigenſchaften beſitze, die erforderlich ſind, um zu dem Zuſtande, wovon die Rede iſt, zu gelangen; und das Geſuch geht dahin: **daß Implorat den Imploranten zu dem verlangten Zuſtande zuzulaſſen ſchuldig.** Insbeſondere aber haben Meiſterrechtscandidaten, ihrer ehelichen Geburt, daß ſie das Handwerk bey einem redlichen Meiſter g) erlernet; der ausgehaltenen Wanderjahre; und der während derſelben behaupteten Redlichkeit Erwähnung zu thun, und ſich dabey auf ihren Lehrbrief und die letzte Kundſchaft zu beziehen.

§. 218. e.

Zur **Einrede** kann gebraucht werden:

1) **daß der Candidat nicht die erforderlichen Qualitäten habe.** Zum Beyſpiel: er habe das Handwerk

g) Einem redlichen Meiſter wird ein **Pfuſcher** entgegengeſetzt, und wer bey einem ſolchen gelernt hat, iſt des Meiſterrechts unfähig. *Georg Ad. Struve* in deciſ. jur. opif. Dec. VII. p. 10.

werk nicht ordnungsmäſig erlernt; er habe die in den Innungsartikeln vorgeſchriebenen Jahre **nicht verwandert**; er müſſe erſt bey einem Meiſter der Zunft die artikelsmäſige Arbeitszeit aushalten; er habe, wie ſich doch gebühre, nicht gemuthet.

2) **Candidat ſey ein unehrbarer Menſch.** Wer ſeinen Nahmen durch ein Verbrechen geſchändet hat, oder eine unehrliche Handthierung treibt, iſt unfähig, in ein Handwerk aufgenommen zu werden h). Die Reichsgeſetze rechnen jedoch unter die letztern nur die Schinder und deren Kinder bis in die zweyte Generation i).

3) **Man ſey vermöge der Privilegien nicht ſchuldig, den Candidaten zuzulaſſen,** indem die Innung, von welcher Candidat ein Mitglied zu werden wünſche, eine **geſchloſſene**, und dermalen vollzählig ſey. Geſchloſſene Innungen werden diejenigen genennet, in welchen kraft eines Privilegiums nur eine gewiſſe beſtimmte Anzahl von Meiſtern iſt, die nicht überſtiegen werden darf. Dieſen werden die ungeſchloſſenen entgegengeſetzt, in welchen die Anzahl der Meiſter nicht beſtimmt iſt.

Eine blos willkührliche Abweiſung eines tüchtigen Candidaten findet hingegen nicht ſtatt.

For=

h) Joh. Heinr. Fricke's Grundſätze des Rechts der Handwerker, §. 62. Göttingen u. Kiel, 1771.

i) Reichs=Schluß v. J. 1731, Art. 4.

Formular einer Jmploration pro conſequendo ſtatu.

P. P.

Ich bin aus Görlitz gebürtig, ein Sohn des daſigen Bürgers und Zeugſchmidts N. N., und habe das Beckerhandwerk bey dem daſigen Bürger und Becker-Meiſter N. N., 5 Jahre lang erlernet. Nachdem ich im Jahr 1789, zu Oſtern, von der daſigen Becker Innung vor offener Lade zum Geſellen geſprochen worden, habe ich mich auf die Wanderſchaft begeben und in mehreren der angeſehenſten Städte Deutſchlands, zum Beyſpiel: in Prag, Dresden, Magdeburg, Braunſchweig; ſeit dem Jahr 1796 aber, und bisher, in hieſiger Stadt, als Geſell gearbeitet, wo ich bey Meiſter N. N dermalen noch in Arbeit ſtehe. Da mir durch den vor kurzem erfolgten Tod meines Vaters ein Vermögen von wenigſtens 2000 Gulden zugefallen iſt; ſo iſt in mir der Wunſch rege geworden, mich in hieſiger Stadt, wo ſchon ſo mancher junge Meiſter ſeine Nahrung gefunden hat, als Meiſter niederzulaſſen. Dieſen Wunſch habe ich auch dem hieſigen Beckerhandwerk zu erkennen gegeben und ſolches, unter Vorzeigung meines Geburts- und Lehrbriefs, auch Bezug auf meine letztere, in deſſen Lade verwahrlich ſich befindende Kundſchaft, an dem letztern vorgeweſenen Quartale, um Aufnahme meiner Perſon zum Meiſter, gebeten, mich auch zugleich zur Aushaltung der in den Innungsartikeln vorgeſchriebenen Muth- und Arbeitszeit, anerboten: allein, ich bin, aus mir unbekannten Gründen, von gedachtem Beckerhandwerk abgewieſen worden, und dies nöthiget mich denn, mich an E. Hochedlen Stadt-Magiſtrat

allhier, zu wenden und Ew. ꝛc. geziemend zu bitten:

Sie wollen geruhen, das Beckerhandwerk allhier, daß es mich zum Meiſter auf- und annehme, anzuhalten, ſodann aber mir auch das hieſige Bürgerrecht, gegen die Gebühr, geneigteſt zu ertheilen.

In der angenehmen Hofnung, daß Ew. ꝛc. mir die Gewährung meines Geſuchs angedeihen laßen werden, beharre ich hochachtungsvoll

Eurer ꝛc.

N. N. gehorſamſter

am 25 Julius 1800. N. N.

Von der Imploration in Anſehung eines Zuſtandes.

§. 218. f.

Mit der ſo eben abgehandelten Imploration zur Erlangung eines Zuſtandes, darf die Imploration in Anſehung eines Zuſtandes (imploratio intuitu ſtatus), nicht verwechſelt werden. Bey dieſer wird das Daſeyn des Zuſtandes ſelbſt nicht bezweifelt, ſondern ſie hat blos gewiſſe ſtrittige, aus dem Zuſtande entſpringende Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenſtande. Ein Beyſpiel mag dieſes erläu-

erläutern. Man nehme an, eine Weibsperſon fordert von Jemanden Unterhalt, unter dem Vorgeben: daß er ihr Ehemann ſey; dieſer aber verweigert ihr ſolchen. Was für eine Klage wird die Weibsperſon anſtellen müſſen, um ihren angeblichen Ehemann auf dem Wege Rechtens zur Verabreichung des Unterhalts zu nöthigen? **Entweder** leugnet er, daß er ihr Ehemann ſey, oder er geſteht es zu. Im **erſten** Fall muß zuvörderſt durch eine Präjudicialklage die Frage über die ſtrittige Qualität entſchieden werden, und dann erſt, wenn die Entſcheidung für die Frau ausgefallen iſt, kann dieſe den Richter, um ihr zu den ihr gebührenden Alimenten zu verhelfen, imploriren; doch ſteht es ihr auch frey, die Alimentenklage mit der Präjudicialklage ſucceſſiviſch zu cumuliren. — Im **letztern** Fall hingegen findet dieſe Imploration Statt. Die Frau hat nämlich den Richter zu bitten, daß er ihrem Ehemanne auferlegen möge, ihr, vermöge ſeiner als Ehemann auf ſich habenden Pflicht, den nöthigen Unterhalt zu geben.

§. 219.

Wir kehren nun wieder zu den eigentlichen Zuſtandsklagen zurück (§. 218). Waltet über einen gewiſſen Zuſtand ſelbſt, Streit vor, ſo kann deshalb ſowohl **poſſeſſoriſch**, als **petitoriſch** geklagt werden; und **poſſeſſoriſch** kann es ſowohl auf die **Behaltung**, als auf die **Wiedererlangung** des Beſitzes eines gewiſſen Zuſtandes geſchehen. Wegen der **Behaltung** des Beſitzes finden beyde poſſeſſoriſche Rechtsmittel, das poſſeſſorium *ſummariiſſimum* und das *ordinarium*, ingleichen auch das interdictum *vti poſſidetis vtile* Statt. Hingegen **den verlohren gegangenen Beſitz** eines gewiſſen Zuſtandes **wieder zu erlangen**, kann man ſich der Spolienklage bedienen.

nen. Die petitoriſche Verfolgung eines Streits über einen gewiſſen rechtlichen Zuſtand, wird durch die Präjudicialklagen eingeleitet. Durch dieſe muß, wie bereits oben gedacht (§. 218), die Exiſtenz des Zuſtandes ſelbſt, zuvörderſt außer Zweifel geſetzt werden, ehe über die von dem Zuſtande abhängenden Rechte und Verbindlichkeiten rechtlich entſchieden werden kann. Damit aber der Hauptſtreit über die letztern, durch die Vorbereitung zu ſelbigen, nämlich durch den Streit über den Zuſtand, nicht aufgehalten, ſondern in möglichſter Kürze geſchlichtet werden möge, pflegen alle Präjudicialklagen ſummariſch abgehandelt zu werden. Aus dieſem Grunde hat denn auch gegen eine in einem Proceß über den Zuſtand geſprochene Sentenz, die Appellation Statt, wenn gleich keine appellable Summe vorhanden ſeyn ſollte k).

§. 220.

Die Präjudicialklage wird in die **bejahende** (affirmatiua) und in die **verneinende** (negatiua) eingetheilt. Durch die bejahende behauptet man, einen gewiſſen Zuſtand zu haben: durch die **verneinende** hingegen leugnet man dieſes. Sowohl die bejahende als verneinende Präjudicialklage iſt entweder **ſchlechthin bejahend** (actio praejudicialis affirmatiua *directa*) **ſchlechthin verneinend** (actio praejudicialis negativa *directa*) oder eine **entgegengeſetzte bejahende** (actio praejudicialis affirmatiua *contraria*) **entgegengeſetzte verneinende** (actio praejudicialis negativa *contraria*), je nachdem bey einem Streite mit einem Andern, über einen gewiſſen Zuſtand, **ich** praejudicialiter klage, oder eine ſolche Präjudicialklage **von meinem Gegner** wider mich angeſtellt wird.

k) *Mevius* in deciſ. P. I. deciſ. 69.

wird. Die Beſtimmung der Frage: welcher von bei- den Theilen hat die bejahende und welcher die vernei- nende: welcher hat die directe bejahende oder vernei- nende; und welcher die entgegengeſetzte bejahende oder verneinende Präjudicialklage anzuſtellen? — Die- ſe Beſtimmung hängt von dem Beſitzſtande in An- ſehung der Rechte, oder der Befreyung von den Verbindlichkeiten eines gewiſſen Zuſtandes ab, wie in den gleichfolgenden Paragraphen umſtändlich ausein- ander geſetzt wird.

§. 221.

Ein Streit nämlich, den ich mit Jemanden über einen gewiſſen Zuſtand habe, läßt ſich auf doppelte Art denken. Entweder, daß ich die Rechte des Zuſtandes haben; oder daß ich von den Verbind- lichkeiten, die derſelbe mit ſich führt, frey ſeyn will. Betrift der Streit das Erſtere, und ich befinde mich im Beſitz der Ausübung der Rechte des Zuſtandes; ſo habe ich gar nicht nöthig, gegen meinen Gegner eine Präjudicialklage anzuſtellen; es kömmt mir vielmehr wider deßen Beunruhigungen eine Poſſeſſorienklage zu Stat- ten, und er muß, wenn ich in meinem Beſitz geſchützt worden bin, und er mir die Rechte des Zuſtandes nicht einräumen will, eine Petitorienklage, nämlich *actionem praejudicialem negativam contrariam* gegen mich anſtellen. Man nehme an: Jedermann hat mich ſeit langer Zeit für den Vater eines gewiſſen jungen Menſchen gehalten, und ich habe bis jetzt alle Rechte der väterlichen Gewalt über denſelben ohne deſſen Wider- ſpruch ausgeübt, z. B. ſein mütterliches Vermögen uſu- fruirt u. ſ. w., befinde mich mithin im Beſitz gedachter Rechte; jetzo aber macht mir derſelbe die Ausübung dieſer Rechte auf einmal ſtreitig, indem er angiebt, er ſey keines- weges mein Sohn, ſondern der Sohn eines Andern.

Hier

Hier würde ich unklug handeln, wenn ich petitoriſch klagen wollte, weil ich hier den Beweiß der Vaterſchaft übernehmen müßte, welches ich, wenn ich mich eines poſſeſſoriſchen Rechtsmittels bediene, nicht nöthig habe, denn hier muß ich, wenn ich meinen Beſitzſtand gehörig beſcheiniget habe, ſolange bey ſolchem geſchützt werden, bis mein Sohn in petitorio, nämlich durch die **entgegengeſetzte verneinende Präjudicialklage**, daß ich nicht ſein Vater ſey, ausgeführt hat. — **Befinde ich mich hingegen nicht im Beſitz derjenigen Rechte** eines Zuſtandes, die ich zu haben wünſche, ſo muß ich actionem praejudicialem *affirmativam directam* gegen ihn anſtellen.

§. 222.

Der Streitpunkt in Anſehung eines gewiſſen Zuſtandes, kann aber zweytens auch der ſeyn, **daß man von den Verbindlichkeiten, die uns der Zuſtand auferlegt, frey ſeyn will** (§. 221). Hier kömmt es ebenfalls darauf an, ob man den Beſitz der Befreyung von dieſen Verbindlichkeiten für ſich hat; **oder nicht**, ſondern ob vielmehr unſer Gegner im Beſitz des Rechts, die Erfüllung jener Verbindlichkeiten von uns zu fordern, ſich befindet. — Im **erſtern** Fall hat man eine Poſſeſſorienklage, und man wird ſolange im Beſitz geſchützt, bis der Gegentheil durch das mit der actione praejudiciali *affirmativa contraria* zu begründende Petitorium, daß uns der in Frage befangene Zuſtand allerdings zuſtehe, und wir folglich auch alle davon abhängende Verbindlichkeiten zu leiſten ſchuldig ſeyen, ausgeführt hat. — Hingegen im **letztern** Fall kömmt unſerm Gegner eine Poſſeſſorienklage zu Statten, und iſt er durch ſelbige zu ſeinem Zweck gelangt, ſo müſſen wir ſodann actionem praejudicialem *negativam directam* gegen ihn anſtellen.

§. 223.

Die bejahende und verneinende Präjudicialklage findet nicht nur *directe*, ſo wie ſie in den ausdrücklichen Worten der Geſetze gegründet iſt, Statt, ſondern ſie kann auch vtiliter, vermöge einer aus dem Sinn des Geſetzes hergeleiteten Folgerung angeſtellt werden. So findet z. B. die *actio de liberali cauſſa*, die wir unten kennen lernen werden, *directe* bey eigentlichen Sclaven Statt; *vtiliter* aber kann man von ſelbiger in Anſehung unſerer deutſchen Leibeigenen und ſolcher Perſonen, die ſich in einem ſolchen Zuſtande befinden, daß ſie, in Anſehung ihrer Perſon Jemanden gänzlich oder gewiſſermaßen unterwürfig ſind, Gebrauch machen.

Soviel den **Gerichtsſtand**, vor welchem die Präjudicialklagen anhängig zu machen, anbetrift, ſo gehören ſie in der Regel vor das forum domicilii. Eine Ausnahme iſt, wenn dem Beklagten ein befreyter Gerichsſtand zuſtehet.

§. 224.

Da die Präjudicialklagen keine Strafe, ſondern lediglich die Beylegung eines Streites über einen gewiſſen Zuſtand, zum Zweck haben; ſo ſind ſie actiones *rei perſecutoriae*. Auf die Erben gehen ſie jedoch nur inſofern über, als dieſen beſonders daran gelegen iſt, daß ihr Erblaſſer einen gewiſſen Zuſtand gehabt, oder nicht gehabt habe, denn, weil der Zuſtand eines Menſchen mit ſeinem Todte erlöſchet, ſo müſſen natürlicherweiſe auch die mit ſelbigem verknüpft geweſenen Rechte und Verbindlichkeiten aufhören.

Von der actione praejudiciali affirmativa directa, oder ſchlechthin bejahenden Präjudicialklage.

§. 225.

Der **Grund** dieſer Klage iſt die Behauptung, daß man einen gewiſſen Zuſtand habe, in deſſen Beſitz man aber, ſoviel die davon abhängenden Rechte betrift, ſich nicht befindet. (§. 221). Die Exiſtenz dieſes Zuſtandes muß der Kläger nöthigenfalls beweiſen, welcher Beweis auf den Erwerb des Zuſtandes, wodurch man nämlich zu ſolchem gelanget iſt, zu richten iſt. Dieſer Erwerb aber iſt von mancherley Art, je nachdem der Zuſtand verſchieden iſt. So erlangt man z. B. den Zuſtand des Meiſterrechts dadurch, daß man von einem Handwerke unter deſſen Meiſter aufgenommen wird. Daß ich deu Zuſtand der väterlichen Gewalt über einem Menſchen habe, davon kann der Grund entweder der ſeyn, daß ich ihn in rechtmäßiger Ehe erzeugt, oder ihn adoptirt habe, oder ihn legitimiren laſſen, u. ſ. w.

§. 226. 227.

Der **Kläger** iſt derjenige, welcher behauptet, daß ihm ein gewiſſer Zuſtand, in deſſen Beſitz er ſich aber nicht befindet, zuſtehe, und der daher den Genuß der mit ſelbigem verknüpften Rechte verlangt; z. B. einer, der behauptet, daß er Bürger einer gewiſſen Stadt ſey, den aber die Bürgerſchaft für einen Bürger nicht anerkennen, und die Rechte eines ſolchen ihm nicht geſtatten will. Der **Beklagte** hingegen iſt der, welcher wegen eines habenden Intereſſe dem Kläger den behaupteten Zuſtand nicht zugeſtehen will. Im vorigen Fall z. B. die Bürgerſchaft an einem gewiſſen Orte. —

Von

Von den Erben gilt das, was oben (§. 224) geſagt worden.

§. 228.

Das Geſuch geht dahin: zu erkennen, daß Klägern der Zuſtand, wovon die Rede, zuſtehe, und er daher zu dem Genuß der damit verknüpften Rechte zuzulaſſen. Man darf alſo nicht bitten: uns den Zuſtand zuzuſprechen. Dies wäre widerſprechend, und das Geſuch einer Imploration zur Erlangung eines Zuſtandes (§. 218); denn man muß ja den Zuſtand ſchon würklich haben, wenn man dieſe Klage anſtellen will. Man klagt nämlich, weil uns die Zuſtändigkeit des Zuſtandes bezweifelt wird, und bittet den Richter, zu erkennen: daß uns der Zuſtand zuſtehe, damit wir hinführo deshalb keinen Streit weiter zu beſorgen haben. Z. B. bitte in Rechten zu erkennen und auszuſprechen: daß ich des verſtorbenen Sempronii eheleiblicher Sohn ſey, derowegen Beklagter mich zu deſſen Erbſchaft nach der geſetzlichen Erbfolge zuzulaſſen ſchuldig.

Es iſt hier eben ſo wie bey den Servituten, da derjenige, welcher die Confeſſorienklage anſtellen will, ſich auf ein ihm bereits zuſtändiges Dienſtbarkeitsrecht gründen, und daher ebenfalls ſeine Bitte dahin richten muß, zu erkennen, daß ihm das Dienſtbarkeitsrecht zuſtehe l).

§. 229.

Dem Beklagten kommen aber gegen dieſe Klage folgende Einreden zu Statten:

l) L. 8. §. 4. D. Si ſervit. vindic.

1) Kläger habe ſich des Zuſtandes verluſtig gemacht. Z. B. in dem oben (§. 226. 227.) angeführten Fall: er habe ſein Bürgerrecht verzogen.

2) Es ſey ihm ſolcher bereits rechtskräftig aberkannt worden.

Beyde Einreden aber muß der Beklagte beweiſen.

Formular von einer actione praejudiciali *affirmativa directa*.

Implorant ſagt kürzlich zu Anbringung ſeiner Imploration, daß er vor einiger Zeit von dem hieſigen Stadtrath unter die Bürger aufgenommen worden, und dadurch das Bürgerrecht erlangt hat. Ob er nun wohl hierauf, gleich andern Bürgern, Bier brauen und ſchenken, auch andere bürgerliche Handthierung treiben wollen; ſo hat ſich doch der Rath und die Bürgerſchaft unterfangen, ihm ſolches unter dem Vorwande, daß er kein Bürger hieſiger Stadt ſey, zu verbieten. Wenn nun aber ſolcher Vorwand ganz ungegründet und Implorant allerdings ein Bürger hieſiger Stadt iſt:

Als ſiehet er ſich, wieder ſelbigen zu klagen, gemüßiget. Fordert demnach von Imploranten richtige Einlaſſung und bittet alsdenn zu erkennen:

Daß Implorant für einen Bürger hieſiger Stadt zu halten; derowegen Imploranten ihm das Bierbrauen und Schenken, ſo wie auch alle andere bürgerliche Nahrung zu verſtatten ſchuldig.

Von

Von der actione praejudiciali *negativa directa.*

§. 230.

Der **Grund** dieſer Klage iſt die Verneinung eines gewiſſen Zuſtandes, ſoviel die davon abhängenden Verbindlichkeiten betrift, wegen welcher Verbindlichkeiten jedoch der Kläger keinen Beſitz der Befreyung für ſich hat, indem vielmehr deſſen Gegner im Beſitz des Rechts ſich befindet, die Leiſtung jener Verbindlichkeiten von ihm fordern zu können. Dieſe ſeine Befreyung von den Verbindlichkeiten des Zuſtandes, hat der Kläger zu beweiſen, denn der Beſitz der Rechte des Zuſtandes, worinn ſich der Gegentheil befindet, würkt die Vermuthung der Nichtbefreyung.

§. 231. 232.

Der **Kläger** iſt derjenige, welcher einen gewiſſen Zuſtand zu haben leugnet, und deswegen von den davon abhängenden Verbindlichkeiten frey ſeyn will, ob er ſchon keinen Beſitz der Befreyung von dieſen Verbindlichkeiten für ſich hat. Znm Beyſpiel: es will der Stadtmagiſtrat eines Orts Jemanden zwingen, bürgerliche Onera zu entrichten. — Der **Beklagte** iſt der, welcher im Beſitz des Rechts ſich befindet, die Leiſtung der von dem Zuſtande abhängenden Verbindlichkeiten zu fordern, und welcher daher, wegen eines dabey habenden beſondern Intereſſe, dem Kläger die Befreyung von den Verbindlichkeiten des Zuſtandes nicht einräumet. Z. B. im vorigen Fall, der Stadtmagiſtrat eines Orts. Gedachtes Intereſſe beſteht in dem Vortheil, welcher dem Beklagten dadurch entgehet, daß Kläger den Zuſtand nicht haben will. Wenn dieſer, nach dem gegebenen Beyſpiel, kein Bürger ſeyn will, in der Entziehung des Vortheils, den der Stadtrath

da-

davon hat, daß von Klägern die bürgerlichen Beſchwerden übernommeu werden.

§. 233.

Das Geſuch geht dahin: zu erkennen, daß Kläger von dem befragten Zuſtande, und alſo auch von den davon abhängenden Verbindlichkeiten frey ſey. Zum Beyſpiel: bitte in den Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Kläger kein Leibeigener des Beklagten ſey, derowegen Beklagter ſich hinführo aller Rechte und Gewalt eines Leibherrn über denſelben zu enthalten ſchuldig.

§. 234.

Einreden gegen dieſe Klage ſind:

1) Die Verjährung. Beklagter ſey über rechtsverwährte Zeit im Beſitz des Rechts, die Leiſtung der vom Zuſtande abhängenden Verbindlichkeiten zu fordern.

2) Es ſey Klägern der Zuſtand, welchen er dermalen leugne, ſchon ehedem rechtskräftig zuerkannt worden. Dieſe Einrede hat mit der zweyten obigen (§. 229) die Eigenſchaft, daß ſie auch gegen jeden Dritten ein Recht giebet, wenn man mit einem rechtmäßigen Wiederſprecher dergeſtalt über den Zuſtaud geſtritten hat, daß die in dieſem Streite geſprochene und' rechtskräftige Sentenz, nach vorhergegangener rechtlicher Ausführung, und nicht etwa blos Ungehorſams wegen, gefällt worden. Ein rechtmäßiger Wiederſprecher (legitimus contradictor) aber iſt hier derjenige, welcher, den Rechten nach, einen beſondern Vortheil oder Schaden davon hat, wenn ſeinem Gegner der Zuſtand ab- oder zuge-

zugeſprochen wird m). Dergleichen iſt z. B. der Herr in Anſehung ſeines Knechts; der Mann in Anſehung ſeines Weibes; der Vater in Anſehung ſeines Sohnes. Iſt hingegen mit keinem rechtmäßigen Widerſprecher geſtritten worden; ſo kann auch die über den Zuſtand geſprochene rechtskräftige Sentenz einem Dritten nicht nachtheilig ſeyn n).

Formular von einer actione praejudiciali *negativa directa*.

Implorant kann zwar nicht in Abrede ſeyn, daß er während des Baierischen Succeſſions-Krieges ſich von Meina in hieſige Stadt begeben, und, bey Gelegenheit der über die hieſigen Bürger gekommenen Kriegeslaſten, auch die bürgerlichen Beſchwerungen mit übernommen hat. Es iſt aber ſolches blos aus Mitleidenheit, keineswegs aber aus dem Grunde, weil er ein Bürger dieſer Stadt wäre, geſchehen. Ob nun gleich Implorant kein Bürger dieſer Stadt iſt, auch keine bürgerliche Nahrung in ſelbiger treibet, ſondern nur blos gegen ein Schutzgeld ſich ferner darinne aufzuhalten gedenket; ſo will doch gleichwohl der hieſige Magiſtrat von ihm die bürgerlichen Beſchwerungen als einem Bürger erpreſſen, und er ſiehet ſich daher wider ermeldeten Stadt-Magiſtrat zu klagen gemüſſiget, mit Bitte, nach erfolgter Einlaſſung auf die Klage, zu erkennen:

das Implorant für keinen Bürger dieſer Stadt zu halten, derowegen denn auch implorati-

m) arg. L. I. C. de ingen. manum.

n) c. 17. X. de ſentent. et excomm.

ratiſcher Stadtrath ihn mit allen Beſchwerungen eines Bürgers zu verſchonen und ihm ferner, gegen ein bloſes Schutzgeld, allhier den Aufenthalt zu geſtatten ſchuldig.

§. 235.—244.

In dieſen Paragraphen wird von der actione praejudiciali affirmativa et negativa *contraria* gehandelt. Da aber, worauf es bey dieſen Klagen ankömmt, theils nach dem im §. 221. und 222. gemachten Unterſchied, theils aus den vorher abgehandelten beyden directen Präjudicialklagen, ſich leicht abnehmen läſſet; ſo bedarf das, was in Anſehung derſelben im Lehrbuche enthalten iſt, keiner weitern Erläuterung und wir begnügen uns blos, von jeder der gedachten beyden Klagen ein Formular mitzutheilen.

Formular von einer actione praejudiciali affirmativa *contraria*.

Die Bürgerſchaft allhier kann klagend vorzuſtellen nicht Umgang nehmen, daß N. N., ungeachtet er ein Bürger dieſer Stadt iſt, und hier wohnet, auch ſeine bürgerliche Nahrung, gleich andern Bürgern, treibet, dennoch den Contributionen und andern bürgerlichen Beſchwerungen, unter dem Vorwande, daß er kein Bürger ſey, ſich entziehen, und dadurch verurſachen will, daß den andern Bürgern ſein Theil mit übertragen werden ſoll. Da nun aber derſelbe, wie gedacht, allerdings ein Bürger hieſiger Stadt iſt, und ſich dahero auch den bürgerlichen Laſten in ſelbiger nicht entziehen mag; So wird von ihm Einlaſſung auf gegenwärtige Imploration ge-

for-

fordert, mit Bitte nachhero in den Rechten zu erkennen und auszuſprechen:

Daß Implorat für einen Bürger hieſiger Stadt zu halten, und dahero gleich andern Bürgern, die bürgerlichen Beſchwerungen mit zu übernehmen ſchuldig.

Formular von einer actione praejudiciali negativa contraria.

Hieſige Bürgerſchaft kann nicht umhin, wider N. N. klagbar zu werden, daß derſelbe in dieſer Stadt, da er doch ein Fremder iſt, und das Bürgerrecht hieſelbſt niemals gewonnen hat, es auch ungewiß iſt, ob er deſſen fähig ſey, bishero bürgerliche Handthierung getrieben. Weil er nun in Güte davon nicht abſtehen will: Als wird von ihm richtige Einlaſſung auf gegenwärtige Imploration gefordert, mit Bitte, nachhero zu erkennen:

daß Implorat für keinen Bürger dieſer Stadt zu halten, dahero derſelbe ſich aller bürgerlichen Handthierung zu entäußern ſchuldig.

§. 245.

Die im Allgemeinen bis jetzt abgehandelte bejahende und verneinende Präjudicialklage, findet nun ſowohl wegen eines natürlichen, als wegen eines bürgerlichen Zuſtandes Statt. Dieſe Verſchiedenheit des Zuſtandes iſt bereits oben (§. 218) vorgekommen; wir haben hier nur noch der verſchiedenen Gattungen des bürgerlichen Zuſtandes, nach römiſchem Recht, Erwähnung zu thun. Dieſer Zuſtand war bey den Römern dreyfach; Zuſtand der Freyheit (ſtatus libertatis), des Bürgerrechts (ſtatus civitatis), und der Familie (ſta-

(ſtatus familiae) je nachdem man entweder ein freyer Menſch, oder ein Bürger des römiſchen Staats war. Die römiſchen Juriſten verſtanden unter ſtatu civili faſt immer nur dasjenige Verhältniß, welches eine Verſchiedenheit des **gemeinen** Rechts würkt. Da nun blos die drey gedachten Civilzuſtände eine Verſchiedenheit in den gemeinen Rechten nach ſich ziehen; ſo reden ſie nicht von mehrern o). Indeſſen giebt es aber viele andere Verhältniſſe, welche eine Verſchiedenheit in Anſehung der **beſondern** Rechte (jurium particularium) würken, und die gar füglich auch **bürgerliche Zuſtände** genennet werden können, wie ſie denn auch von den römiſchen Juriſten zuweilen mit dem Namen ſtatus belegt werden p). Dahin gehört z. B. der ſtatus exiſtimationis, oder der Zuſtand des **guten Rufs**; der ſtatus clericalis, oder der **geiſtliche** Stand q); der **Militärſtand** r); der Stand der Perſonen, welche **öffentliche Aemter** bekleiden (ſtatus dignitatis); der Stand, welcher ſich auf den Gebrauch bezieht, den ein Menſch von ſeinem Vermögen macht s); der Zuſtand in Anſehung der Religion t).

Wir

o) Höpfner im theoretiſch-praktiſchen Commentare über *Heineccii* Inſtitutionem, §. 62. der neueſten Ausgabe.

p) L. 5. §. 2. D. de extraordin. cognit.

q) So haben die Geiſtlichen in manchen Stücken andre Rechte als die Laien.

r) Daher ſind nach römiſchem Rechte die Bürger entweder *milites* oder *pagani*. Jene haben vor dieſen manche Vorrechte.

s) In Rückſicht deßen ſind die Menſchen entweder **Verſchwender**, oder nicht.

t) In Anſehung deſſen bekennt ſich ein Menſch entweder zur chriſtlichen Religion, oder nicht. Im erſten Fall iſt er ent-

Wir gehen nunmehro zu denjenigen Präjudicialklagen über, die in Anſehung des natürlichen und bürgerlichen Zuſtandes insbeſondere, Statt finden.

Erſter Titul.

Von den Präjudicialklagen wegen des natürlichen Zuſtandes.

§. 246.

Betrachtet man die Menſchen nach ihrem natürlichen Zuſtande, ſo ſind ſie entweder bereits gebohrne, oder Embryonen, d. i. empfangen, aber noch nicht gebohren. Letztere haben in gewiſſem Betracht ſchon die Rechte der Menſchen v). Die gebohrnen ſind

1) in Anſehung des Geſchlechts, entweder Manns- oder Weibsperſonen, wovon jene wieder in ſolche, welche zum Kinderzeugen fähig ſind, und in ſolche, die es nicht ſind x), eingetheilt werden.

2)

entweder ein orthodoxer Chriſt, oder ein Ketzer (haereticus). Im letztern Fall heißt er ein Ungläubiger, und alsdenn *apoſtata*, ein Abtrünniger, wenn er von der chriſtlichen Religion abgefallen iſt.

v) *Ioh. Alb. Spies* diſſ. de jure hominum naſciturorum. Lipeniſche Bibliothek, *ſub* voce: *naſcituri*.

x) Letztere heiſen *Spadones*, im weitern Sinn des Worts, und werden in Caſtraten (Verſchnittene) und in Spadonen im eigentlichen Sinn, eingetheilt.

2) in Anſehung des Lebens, entweder lebendig, oder todtgebohrne. Die lebend zur Welt gebohrnen ſind entweder reif, lebensfähig (vitales); oder nicht, je nachdem ihr Körper die zum Fortleben erforderliche Beſchaffenheit ſeiner einzelnen Theile hat, oder nicht.

3) in Anſehung des Körpers — Mißgeburten, oder nicht —, Geſunde oder Kranke —, mit den Sinnen begabt, oder derſelben beraubt.

4) in Anſehung der Seelenkräfte — vernünftig, oder wahnſinnig, und die Vernünftigen entweder im vollen Genuß des Gebrauchs der Seelenkräfte, oder einfältig, ſtupid.

5) in Anſehung des Alters — entweder Minderjährige oder Großjährige, und jene wieder, mündig oder unmündig.

Alle dieſe verſchiedenen Eigenſchaften würken eine Verſchiedenheit der Rechte, und dieſe eine Verſchiedenheit des Zuſtandes.

§. 247.

Wegen dieſer verſchiedenen natürlichen Zuſtände kann man ſich nun nach Beſchaffenheit der Umſtände ſowohl der bejahenden, als der verneinenden Präjudicialklage bedienen, wenn man es mit einem rechtmäßigen Widerſprecher zu thun haben ſollte y). Z. B. Jemanden wollen ſeine nächſten Verwanden die Verwaltung ſeines Vermögens entziehen, weil ſie vorgeben, er ſey ein ſtupider Menſch: allein er widerſetzt ſich. Hier betrift der Streit deſſen natürlichen Zuſtand in Anſehung ſeiner Seelenkräfte, und es iſt ihm unverwehrt, ſich

y) *Berger* in oecon. jur. Lib. I. Tit. 2. §. 6.

ſich der Präjudicialklage zu bedienen. Indeſſen laſſen ſich, um des Genuſſes der Rechte des natürlichen Zuſtandes theilhaftig zu werden, insgemein andere Klagen, Nichtpräjudicialklagen, unmittelbar anwenden, und von dieſen hat man gar öfters den wichtigen Vortheil, daß man die Laſt des Beweiſes nicht zu übernehmen braucht, ſondern ſolche auf ſeinen Gegner wälzt. Z. B. es ſtirbt ein Vaſall und ein Agnat von ihm will deſſen Sohn nicht zur Lehnfolge laſſen, weil er taub und ſtumm wäre z). Hier könnte nun zwar der Sohn actionem praejudicialem ex ſtatu integritatis corporis, wider ſeinen Verwandten anſtellen; allein hier müßte er beweiſen, daß er ein vollkommner Menſch, ſowohl in Anſehung des Gehörs, als der Sprache, wäre. Er handelt alſo beſſer, wenn er directe wider ſeinen Vetter die Lehnsfolge ſucht. Setzt ihm nun dieſer die Einrede der Unfähigkeit zur Lehnsfolge, weil er taub und ſtnmm wäre, entgegen; ſo muß er ſolche erweiſen, und hier muß der Streit über dieſen Zuſtand, als einen präjudiciellen Lehnpunkt, zuvörderſt erörtert und entſchieden, die Hanptſache aber, wegen der Lehnfolge einſtweilen ausgeſetzt werdan a).

z) II. Feud. 36.

a) *Boehmer* de actionib. Sect. II. Cap. 1. §. 6.

Zweyter Titul.

Von

den Präjudicialklagen wegen des bürgerlichen Zuſtandes.

§. 248.

Bey den Römern war, wie vorhin vorgekommen (§. 245), der bürgerliche Zuſtand dreyfach; Zuſtand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie. In Rückſicht auf den Zuſtand der Freyheit, iſt man entweder ein freyer Menſch, oder ein Sclave (ſervus). Ein Sclave iſt ein ſolcher Menſch, welcher der Gewalt eines Herrn (der herrſchaftlichen Gewalt, poteſtas dominica) unterworfen iſt, und ſein Zuſtand heiſt Sclaverey (ſervitus). Freye Menſchen hingegen ſind diejenigen, welche einer herrſchaftlichen Gewalt entweder gar nicht, oder nur unrechtmäßigerweiſe unterworfen ſind b).

Die freyen Menſchen ſind entweder freygebohrne (ingenui), oder freygewordene (der Sclaverey entlaſſene, manumiſſi, ſ. libertini).

Hieraus ergiebt ſich der vierfache Zuſtand des Menſchen, in Beziehung auf die Freyheit; nämlich 1) der Zu-

b) Die weitere Entwickelung dieſer Begriffe gehört eigentlich in die Inſtitutionen.

Zuſtand der Freyheit überhaupt (*ſtatus libertatis*); 2) der Zuſtand der Knechtſchaft (*ſtatus ſervitutis*); 3) der freyen Geburt (*ſtatus ingenuitatis*); und 4) der Freylaſſung (*ſtatus libertinitatis*).

Von der actione de liberali cauſſa.

§. 249.

Wir ſchreiten nun dazu, die Präjudicialklagen insonderheit, nach den dreyfachen Gattungen des bürgerlichen Zuſtandes, abzuhandeln, und machen den Anfang mit denen, die in Anſehung des Zuſtandes der Freyheit Statt finden. Dieſer Zuſtand iſt jedoch nach dem vorhergehenden Paragraphen wieder vierfach. Was zuvörderſt den Zuſtand der Freyheit überhaupt, und den Zuſtand der Knechtſchaft betrift, ſo finden deshalb ſowohl Petitorien- als Poſſeſſorienklagen Statt. Die Petitorienklage iſt das *judicium liberale*, oder die *actio de liberali cauſſa*, ſowohl *affirmativa*, als *negativa*, wovon jene dem, welcher über Jemanden herrſchaftliche Gewalt zu haben, behauptet; dieſe aber dem, welcher einer ſolchen Gewalt nicht unterworfen zu ſeyn glaubt, zuſteht. Einige Rechtslehrer c) zählen dieſe Klage den dinglichen Klagen bey, und berufen ſich auf §. 13. de actionibus, woſelbſt Juſtinian ſagt: actiones praejudiciales *in rem eſſe videntur*. Aber dieſe Meinung iſt ungegründet; denn einmal bedient Juſtinian ſich nur des Worts: *videntur*; er ſagt aber nicht: *ſunt* praejudiciales, ſondern er will mit dieſen Worten nur anzeigen, daß zwiſchen den Präjudicialklagen und der Reivindication einige Aehnlichkeit obwalte, indem es im L. 3. D. Ne de ſtatu defunct. heiſt: *ſtatus quaſi vindicatur*.

Zwey-

c) z. B. *Rittershuſius* ad §. 13. I. de actionibus.

Zweytens ergiebt ſich auch die Unrichtigkeit dieſer Meinung aus der Natur des judicii liberalis. Denn iſt dieſe Klage bejahend; ſo wird ſie von demjenigen angeſtellt, welcher über den Andern die herrſchaftliche Gewalt behauptet. Hier aber wird ſie nicht mit dem Eigenthum, ſondern mit der Zuſtändigkeit der herrſchaftlichen Gewalt, begründet. Iſt ſie aber verneinend; ſo ſtellt ſie derjenige an, welcher einem Andern die herrſchaftliche Gewalt nicht zugeſtehen will, und wie kann ſolche hier mit dem Eigenthumsrechte begründet werden?

Uebrigens iſt dieſe Klage nützlicherweiſe (utiliter) noch heut zu Tage bey unſern Leibeigenen, ingleichen in Anſehung aller ſolchen Perſonen, die für ſich entweder gänzlich, oder gewiſſermaſſen einem Andern unterwürfig ſind, anwendbar. Wenn ſich nämlich ein Leibeigener für einen freyen Menſchen ausgiebt; ſo kann er mit dem liberali judicio affirmativo utili belangt werden; und wenn ein freyer Menſch mit Unrecht als Leibeigener behandelt wird; ſo kann er actionem de libertate negativam utilem anſtellen, wie unten (§. 260) ausführlicher vorkommen wird.

Von der actione de liberali cauſſa *affirmativa directa.*

§. 250.

Der Grund dieſer Klage iſt die Behauptung, daß man über einen gewiſſen Menſchen die herrſchaftliche Gewalt habe.

Die herrſchaftliche Gewalt (poteſtas dominica) iſt das Recht, über einen Menſchen und ſeine ſämtlichen Kräfte nach Gefallen, zu meinem Nutzen zu diſponiren. Bey den Römern

mern war mit der herrſchaftlichen Gewalt zugleich das Eigenthum über die ſelbiger unterworfenen Perſonen verbunden, und dieſes Eigenthum beſtand in den neuern Zeiten in dem Rechte, über den Leib des Sclaven, ſo weit als es die Geſetze geſtatteten, nach Belieben zu disponiren, z. B. denſelben zu vindiciren, zu verkaufen, zu vertauſchen u. ſ. w. Indeſſen gehört dieſes Eigenthum nicht zum Grunde der gegenwärtigen Klage, ſondern ſie muß lediglich mit der Zuſtändigkeit der herrſchaftlichen Gewalt begründet werden. Sollte der Beklagte letztere nicht einräumen, ſo muß ſie der Kläger beweiſen, und dieſer Beweiß muß auf die Art des Erwerbes der herrſchaftlichen Gewalt gerichtet werden, das heißt: der Kläger muß die Art und Weiſe darthun, wie er zu der herrſchaftlichen Gewalt gelangt iſt. Dahin gehört:

1) **wenn der Beklagte von einer Mutter gebohren iſt, welche unter des Klägers herrſchaftlichen Gewalt ſich befindet** d).

2) **Wenn ſich der Beklagte der Knechtſchaft des Klägers freywillig unterworfen hat.** Bey den Römern konnte ein freyer Menſch dies nicht thun e); allein bey den Deutſchen iſt es von den älteſten Zeiten her üblich. Dergleichen freywillige Begebung in die Leibeigenſchaft, heißt addictio voluntaria, und es pflegt darüber ein Inſtrument errichtet zu werden, welches der **Ergebebrief** genannt wird.

3)

d) §. 5. I. de jure perſonar. §. 19. I. de rer. diviſ. L. 6. D. de acquir. rer. dom. Denn bey den Römern waren die Sclavinnen, res, und ſo gut das Eigenthum ihres Herrn, als ſeine Kühe, Schaafe u. ſ. w. Partus ſequitur ventrem, hieß es.

e) L. 1. pr. D. quibus ad libert. procl. licet.

3) Wenn der Kläger den Beklagten in einem rechtmäßigen Kriege zum Gefangenen gemacht hat f). Dieſe Erwerbungsart aber gilt heut zu Tage nur in Anſehung unchriſtlicher Nationen, dergl. z. B. die Türken ſind.

4) Wenn der Beklagte durch Kauf, Tauſch, Schenkung, oder ſonſt auf eine andere Art in des Klägers Gewalt gekommen iſt Welches noch heut zu Tage in Anſehung der afrikaniſchen Negerſclaven anwendbar iſt.

Uebrigens iſt es rathſam, in dieſer Klage, außer der herrſchaftlichen Gewalt, zugleich des Titels mit zu gedenken, welcher dabey zum Grunde liegt; damit, wenn allenfalls in Anſehung des einen Titels der Proceß verlohren gehen ſollte, doch ohne Beſorglichkeit der Rechtskraft, noch eine andere actio de liberali cauſſa, aus einem von dem erſten verſchiedenen Titel angeſtellt werden kann g).

Den Richter anlangend, bey dem dieſe Klage anzuſtellen iſt, ſo iſt es derjenige, unter deſſen Gerichtsbarkeit der Beklagte ſich aufhält: er mag allda ſchon ſeinen Wohnſitz aufgeſchlagen haben, oder nicht h).

§. 251.

Der Kläger iſt hauptſächlich derjenige, welchem über Jemanden die herrſchaftliche Gewalt, in deren Beſitz

f) argum. L. 11. §. 1. D. de exc. rei jud. *Schilter* exerc. III. §. 26. 27.

g) L. 3. L. 6. Lib. III. Tit. 22. C. Vbi cauſa ſtatus agi debeat.

h) L. 3. L. 6. p. D. de liberali cauſſa. Lib. III. Tit. 22 C. Vbi cauſa ſtatus agi debeat.

ſitz er aber, den davon abhängenden Rechten nach, ſich nicht befindet (§. 221) zuſteht; ingleichen auch deſſen Erbe, und ſonſt jeder, dem daran gelegen iſt, daß jener Menſch unter der herrſchaftlichen Gewalt verbleibe. Ferner kömmt auch dieſe Klage noch zu Statten:

1) einem Nutznießer (uſufructuario i);

2) einem uſuario k);

3) dem hypothekariſchen Gläubiger des Beklagten.

§. 252.

Der Beklagte iſt derjenige, welcher dem Kläger die herrſchaftliche Gewalt über ſeine Perſon, leugnet und ſich im Beſitz der Freyheit befindet. Dieſes letztern Umſtandes muß in der Klage gedacht werden, und es iſt nicht genug, zu ſagen, daß ſich derſelbe für einen freyen Menſchen ausgebe; denn das bloſe Ausgeben giebt ihm noch keinen Beſitz der Freyheit. Z. B. Es hat N. N., welcher mein Sclave iſt, ſich unterfangen, aus meinem Dorfe wegzuziehen, und weigert ſich, mir die ihm obliegenden Dienſte zu leiſten, unter dem Vorgeben, daß er ein freyer Menſch ſey, welches er doch nicht iſt u. ſ. w.

Wider die Erben des Beklagten kann dieſe Klage, inſofern ſie den Zuſtand des Verſtorbenen betrift, deshalb nicht angeſtellt werden, weil der Zuſtand etwas blos perſönliches iſt und mit dem Tode eines Menſchen erliſcht.

i) L. 8. 11. L. 9. D. de liber. cauſſa.

k) L. 12. §. 5. D. eod.

§. 253.

Das Geſuch iſt: zu erkennen, daß Klägern die herrſchaftliche Gewalt über Beklagten zuſtehe, mithin derſelbe nicht frey ſey, ſondern als Knecht wieder unter Klägers herrſchaftliche Gewalt ſich zu begeben, und ſolchergeſtalt ſeinen Pflichten, nach wie vor, Gnüge zu leiſten verbunden.

Der Kläger darf nicht bitten: ihm die herrſchaftliche Gewalt über den Beklagten zuzuerkennen, oder zuzuſprechen; denn die Klage ſetzt voraus, daß man dieſe bereits habe. So iſt auch das Geſuch unſtatthaft: zu erkennen, daß Klägern das Eigenthum an des Beklagten Perſon zuſtehe, weil dies ein Geſuch der Eigenthumsklage wäre (§. 250).

Uebrigens hat ſich der, welcher über einen Andern, der ſich bisher in der Freyheit befunden, die herrſchaftliche Gewalt behauptet, wohl in Acht zu nehmen, daß er nicht de facto verfahre, und dieſen Menſchen eigenmächtig ſeiner herrſchaftlichen Gewalt wieder unterwerfe. Thut er dies, ſo kömmt dieſem ein interdictum retinendae poſſeſſionis zu Statten l), vermöge deſſen er ſich auf den Quaſibeſitz der Freyheit gründen und bitten kann, daß er in ſolchem ſo lange möge geſchützt werden, bis ſein Gegner m) (in petitorio) n) ein anders

l) L. 41. D. de liberali cauſſa. Es iſt dieſes das Interdictum *Vti poſſidetis vtile.* Heutiges Tages kömmt ihm das poſſeſſorium ſummariiſſimum zu Statten.

m) Nicht: ſein Herr; ſonſt räumte er die herrſchaftliche Gewalt ein.

n) Das Petitorium iſt die *actio praejudicialis affirmativa contraria.*

anders angeführt habe. Das factum des Beſitzes der Freyheit, braucht er nur zu beſcheinigen o). Nun kann ſein Gegner, der vermeintliche Herr, entweder beweiſen, daß der Implorant, der vermeintliche freye Menſch, ſich aus einer böſen Abſicht (dolo malo) in Freyheit geſetzet habe, oder nicht. Im erſten Fall muß der zeitherige freye Menſch ſich wieder unter deſſen herrſchaftliche Gewalt begeben und darf im Beſitz der Freyheit nicht länger geſchützt werden. Im letztern Fall hingegen wird der Implorant im Quaſibeſitz der Freyheit geſchützt p).

§. 254.

Was die Einreden anlangt, womit ſich der Beklagte gegen dieſe Klage vertheidigen kann, ſo kömmt demſelben überhaupt alles das zu Statten, was eine gerechte Urſache abgiebt, weshalb die herrſchaftliche Gewalt zu Recht nicht beſtehet, oder daß ſie aufgehört hat und Beklagter alſo ein freyer Menſch geworden; insbeſondere aber:

1) **Daß Beklagter durch Zwang Klägers Knecht werden müſſen.** Z. B. wenn Jemand von Straſſenräubern aufgehoben und verkauft worden.

2) **Die Verjährung.** Wenn ſich ein Knecht 10 Jahre unter den Gegenwärtigen, oder 20 Jahre unter den Abweſenden, bona fide im Quaſibeſitz der Freyheit

o) L. 10. 41. D. de liberali cauſſa.

p) L. 12. §. 3. D. de liberali cauſſa, wo es heißt: Quotiens quis juſtis rationibus ductus, *vel non juſtis, ſine calliditate tamen*, putavit ſe liberum, et in libertate moratus eſt: dicendum eſt, hunc in ea cauſſa eſſe, vt ſine dolo malo in libertate fuerit, atque ideo poſſeſſoris commodo fruatur.

heit befunden, und der Herr während dieſer Zeit nicht einmal ſeine herrſchaftliche Gewalt über ihn ausgeübt, ſondern ihn ohne Interpellation im Quaſibeſitz der Freyheit gelaſſen hat ſo iſt die herrſchaftliche Gewalt verjährt. Dies iſt zu Gunſten der Freyheit eingeführt worden.

Auf dieſe Einrede aber kann als Replik dienen: **daß Beklagter** *dolo malo* **in den Beſitz der Freyheit ſich geſetzt habe** q) ingleichen: **daß er interpellirt worden** — daß ihm nämlich Kläger andeuten laſſen, unter ſeine herrſchaftliche Gewalt zurückzukehren.

3) **Die rechtskräftige Sentenz**, das heiſt Kläger habe ſchon einmal mit Beklagten über die Knechtſchaft geſtritten, und Beklagter ſey in der rechtskräftigen Sentenz für einen freyen Menſchen erklärt worden.

4) **Die geſchehene Manumiſſion**, oder **Freylaſſung**.

5) **Die vermachte Freyheit.**

6) **Der Tod des Knechts** (§ 252).

7) **Deſſen Verſtoßung**, da er von einer gefährlichen Krankheit überfallen worden (ejectio ſ. derelictio ſervi aegritudine periclitantis) r).

8) **Die unerträglich harte Begegnung** s). Wenn z. B. der Knecht ohne alle Urſache, oder wegen eines geringen Verſehens, erbärmlich geprügelt worden. Oder

q) L. 1. C. de longi tempor. praeſcript.

r) L. vn. §. 3. C. de latina libert. toll. L. 2. D. qui ſine manum. ad libertat. perv.

s) §. 2. I. de his qui ſui vel alieni jur.

Oder wenn der Leibherr ſeine Leibeigenen zur Unzucht brauchen wollen t).

9. Der Vertrag. Wenn z. B. der Beklagte ſich nur auf eine Zeitlang in die Leibeigenſchaft begeben hat und dieſe Zeit verfloſſen iſt.

Von der actione de liberali cauſſa negativa directa.

§. 255.

Bey dieſer Klage, welche auch *Proclamatio in libertatem* v) genennt wird, liegt zum Grunde, daß derjenige, welcher ſich derſelben bedient, Jemanden die herrſchaftliche Gewalt nicht zugeſteht. Betrift alſo der Streit blos die Frage: ob Jemand ſeine herrſchaftliche Gewalt mißbrauche? es wird im übrigen aber letztere ſelbſt nicht geleugnet; ſo kann keine Präjudicialklage gebraucht werden, ſondern es tritt vielmehr eine Querel oder bloße Imploration in Anſehung des Zuſtandes, ein.

§. 256.

Hauptſächlich ſteht dieſe Klage demjenigen zu, welcher, daß er des Beklagten herrſchaftlichen Gewalt unterworfen ſey, leugnet, und ebendeswegen von den Verbindlichkeiten der Knechtſchaft frey ſeyn will; ingleichen deſſen Erben. Letzterm deswegen, weil ihm daran gelegen iſt, daß ſein Erblaſſer ein freyer Menſch geweſen ſey, damit er auch nicht ſelbſt für einen Knecht gehalten und von der Beerbung des Verſtorbenen ausge-

t) Mevius vom Zuſtand der Bauersleute, 3 Cap. Num. 76. u. ff.

v) L. 7, §. 2. D. de liberali cauſſa.

geſchloſſen werden möge. Indeſſen kann ſich auch jeder, welcher ein beſonderes Intereſſe dabey hat, daß Jemand nicht eines Andern herrſchaftlicher Gewalt unterworfen ſey, dieſer Klage bedienen. Daher kömmt ſelbige den Aeltern, Kindern, Ehegatten, Verwandten beyderley Geſchlechts, und ſogar dem Patron desjenigen Menſchen, welcher von dem Beklagten als Knecht behandelt wird, zu Statten, obgleich dieſer Menſch ſelbſt zu klagen keine Luſt haben ſollte x).

Bey den Römern konnte ſonſt derjenige, welcher ſich in der Knechtſchaft befand, nicht ſelbſt klagen, weil ein ſolcher keine perſonam ſtandi in judicio hatte. Indeß verſtattete man doch zu Gunſten der Freyheit, daß ein Anderer für ihn dies thun konnte, und ein ſolcher hieß *aſſertor*, *vindex alienae libertatis*. Oft aber fand ſich Niemand, der ſich dieſem Geſchäft unterziehen wollte; daher hob **Juſtinian** das alte Recht auf, und verſtattete den Knechten, wegen der Freyheit (de liberali cauſſa), entweder ſelbſt, oder durch einen Bevollmächtigten, zu klagen y). Auf unſere heutigen **Leibeigenen** iſt dieſes nicht anwendbar, denn dieſe werden nicht, wie die römiſchen Sclaven, als Sachen betrachtet, ſondern ſind Perſonen, und können daher ohne Bedenken ſelbſt klagen.

Sollte der Beklagte den Grund der Klage ableugnen, ſo muß der Kläger ſeine Freyheit beweiſen; denn, obwohl dieſe ſonſt in der Regel vermuthet wird, ſo kann doch dieſe Vermuthung hier um deswillen nicht in Betracht kommen, weil des Beklagten Beſitz der Rechte der herrſchaftlichen Gewalt, gegen ſie ſtreitet, und eben-des-

x) L. 1. 2. 3. 4. L. 5. pr. D. de liberali cauſſa.

y) L. 1. pr C. de aſſe[illegible]ione tollenda, verglichen mit dem L. 33. D. procurator.

deswegen vielmehr, daß er deſſen Knecht ſey, vermuthet werden muß. Was aber den Beweiß der Freyheit ſelbſt betrift, ſo kann der Kläger ſolchen entweder auf die Art führen, daß er ſeine freye Geburt, oder die Freylaſſung ſeiner Perſon aus der Knechtſchaft z), darthut.

§. 257.

Der Beklagte iſt derjenige, welcher ſich im Beſitz der herrſchaftlichen Gewalt über den Kläger befindet und ebendeswegen dieſem die Freyheit nicht zugeſtehet. Ingleichen deſſen Erbe, wenn dieſer ſelbſt noch im Beſitz der herrſchaftlichen Gewalt ſeyn ſollte.

§. 258.

Die Bitte hat der Kläger dahin zu richten: es möge erkannt werden, daß er keinesweges des Beklagten Knecht, ſondern ein freyer Menſch und daher Beklagter aller herrſchaftlichen Gewalt über ihn, ſich zu enthalten, ſchuldig ſey.

§. 259.

Gegen dieſe Klage giebt überhaupt alles dasjenige eine Einrede ab, wie Jemand ein Knecht wird, beſonders aber

1) eine bereits vorhandene rechtskräftige Sentenz; Kläger ſey nämlich bereits durch eine Sentenz für Beklagtens Knecht erkannt worden.

2) Kläger ſey als ein Knecht gebohren. Er muß aber unter des Beklagten herrſchaftlicher Gewalt gebohren ſeyn, denn ſonſt kann der Beklagte nicht behaupten, daß derſelbe ſein Knecht ſey.

3)

z) *Corvini* in venatorio illuſtrato, Lib. VI. Tit. 16.

3) Es komme Beklagten eine rechtmäßige Retention des Klägers zu Statten. Dies iſt der Fall, wenn er denſelben aus der Gefangenſchaft der Feinde losgemacht und dieſer ihm das Löſegeld noch nicht wieder erſtattet hat a).

Die Einrede der Verjährung hingegen findet nicht Statt, und wenn auch, wie es im L. fin. C. de praeſcr. longi temp. heißt, 60 Jahre verſtrichen wären. Der Grund hiervon iſt, weil die Freyheit, weswegen Kläger dieſe Klage erhoben, nicht in commercio iſt, dasjenige aber, was man durch Verjährung erlangen will, in commercio ſeyn muß, ſo daß man es von dem Andern beſitzen kann. Eines Andern Freyheit kann man nicht beſitzen b), daher iſt ſolche auch keiner Verjährung unterworfen.

Nach römiſchem Rechte kann auch die Einrede, daß Kläger freywillig in die Knechtſchaft ſich begeben nicht vorgeſchützt werden; heutiges Tages aber findet ſie gegen unſre Leibeigenen unbezweifelt Statt c).

Dagegen war nach römiſchen Grundſätzen, die Gefangennehmung eines Menſchen in einem rechtmäſſigen Kriege, ein rechtmäſſiger Grund des Erwerbs der herrſchaftlichen Gewalt über ihn d) und gab folglich auch eine Einrede ab. Allein heutiges Tages verſetzt die Gefangenſchaft, in einem Kriege zwiſchen chriſtlichen Mächten, Niemanden in die Knechtſchaft: daher kann ſolche

a) L. 3. §. 3. D. de homine libero exhib.

b) L. 9. D. vſurpat. et vſucap.

c) *Stamm* de ſervitute perſonali, Lib. III. Cap. 12.

d) §. 3. I. de jure perſon.

ſolche gegen dieſe Klage als Einrede nicht gebraucht werden.

Von der actione de liberali cauſſa vtili.

§. 260.

Bey uns in Deutſchland kann die ſo eben abgehandelte actio de liberali cauſſa, wie bereits oben (§. 223) im Allgemeinen vorgekommen, mittelſt einer ausdehnenden Erklärung, auf diejenigen Perſonen nützlicherweiſe angewendet werden, die ſich in einem ſolchen Zuſtande befinden, daß ſie in Anſehung ihrer Perſon einem Andern entweder gänzlich, oder gewiſſermaßen unterwürfig ſind. Auſſer den Leibeigenen, von welchen bereits im Vorhergehenden das nöthige beygebracht worden, gehören z. B. dahin

1) die **unfreyen Bauern**. Unter ſolchen verſteht man diejenigen, welche nur wegen gewiſſer Dienſte (Frohnen) und Zinsabgaben, unter Jemandes Privatherrſchaft ſtehen. Ihnen werden die **Freybauern, Freyſaſſen**, entgegengeſetzt, die wegen ihrer Perſon und Güter, Niemandes Privatherrſchaft unterworfen ſind. Geſetzt alſo, es befände ſich in dem Dorfe eines Edelmanns ein Freybauer, von dem der Edelmann bisher die Leiſtung verſchiedener Frohnen erſchlichen hätte; ſo kann der Freybauer wider ihn actionem de liberali cauſſa negativam, vtiliter anſtellen.

2) **Geiſtliche Perſonen** — Mönche, Nonnen, u. dergl. — wenn nämlich von dieſen über den geiſtlichen Zuſtand geſtritten wird. Z. B. wenn ein Abt eines Kloſters behauptet, daß ein gewiſſer Menſch ein Mönch ſeines Kloſters ſey, dieſer aber es nicht zugeſtehen will, ſo kann er ſich ebenfalls dieſer Klage vtiliter bedienen.

Soll=

Sollte hingegen Jemand wegen ſeiner Perſon dem Andern nicht unterwürfig, ſondern demſelben nur vermöge eines Vertrags zu gewiſſen Dienſten und Pflichten verbunden ſeyn, wie z. B. ein Vaſall ſeinem Lehnsherrn, ſo kann dieſe Präjudicialklage auf ihn nicht angewendet werden.

§. 261.

Was die **Poſſeſſorienklagen** in Anſehung des Zuſtandes der **Knechtſchaft** und der **Freyheit** überhaupt (§. 249), betrift; ſo kann in Anſehung der **Knechtſchaft**

1) derjenige, welcher ſich im Beſitz der Freyheit befindet, und von einem Andern, als deſſen angeblicher Knecht, eigenmächtig in die Knechtſchaft zurückgezogen wird, des *interdicti retinendae poſſeſſionis*, oder des *poſſeſſorii ſummariiſſimi* ſich bedienen.

2) Sollte hingegen Jemand ſich zeither im Beſitz der Rechte der herrſchaftlichen Gewalt über einen Andern befunden, und dieſer ſich eigenmächtig aus der Knechtſchaft begeben haben, ſo kömmt jenem das *interdictum retinendae poſſeſſionis*, oder die **Spolienklage** gegen denſelben zu Statten.

In Anſehung des Zuſtandes der **Freyheit** giebt es ein eignes Interdict, das *interdictum de libero homine exhibendo*, welches gleich näher kennen zu lernen iſt.

Von dem Interdicto *de libero homine exhibendo.*

§. 262.

Der **Grund** dieſes Interdicts beſteht in der **bösliche Verheimlichung** eines **freyen Menſchen** wider

wider ſeinen Willen. Dergleichen bösliche Verheimlichung iſt vorhanden, wenn ein freyer Menſch vorſätzlich, und ohne gerechte und wahrſcheinliche Urſache, von einem Andern dergeſtalt eingeſchränkt wird, daß er keine Freyheit hat, wegzugehen, oder zu bleiben, wie es ihm beliebt e).

§. 263 — 265.

Wegen einer ſolchen böslichen Verheimlichung kann nicht nur jeder Staatsbürger f), ſondern auch insbeſondere derjenige, dem vorzüglich daran gelegen iſt, daß der freye Menſch in ſeiner Freyheit nicht beeinträchtiget werde, z. B. deſſen Aeltern, Kinder, Verwandten, Ehegatte, wider denjenigen, welcher ſich die bösliche Verheimlichung beygehen läßt, gegenwärtiges Interdict anſtellen und den Richter bitten, daß demſelben, den freyen Menſchen unverzüglich wieder auf freyen Fuß zu ſtellen, und ihn ungehindert gehen, ſtehen und handeln zu laſſen, anbefohlen werden möge. Es finden deshalb mandata compulſorialia de libero homine exhibendo S. C. Statt g). Nützlicherweiſe kann dieſes Interdict wider Werber, die ihr Geſchäft ohne öffentliche Verwilligung treiben, ingleichen wider diejenigen, welche Jemanden, der in unſern Dienſten ſteht, oder mit Unterthanenpflicht uns verwandt iſt, verheimlichen, angeſtellt werden h).

Uebri-

e) L. 2. D. de hom. lib. exhib. L. fin. D. de liber. exhib.

f) L. 3. §. 9. D. de hom. lib. exhib.

g) *Friderus*, de mandatis Lib. II. Cap. 52.

h) *Boehmer* de actionib. Sect. II. Cap. 1. §. 20.

Uebrigens concurrirt nach römiſchem Rechte mit dieſem Interdicte, die accuſatio criminalis ex L. Fabia de plagiariis i)

§. 266.

Es kommen jedoch dem Beklagten gegen dieſes Interdict folgende Einreden zu Statten:

1) **Der Menſch, von dem die Rede, ſey nicht frey.** Es muß nämlich offenbar ſeyn, daß der verheimlichte Menſch ein freyer Menſch iſt. Bey dem geringſten vorwaltenden Zweifel, braucht der Beklagte ſolchen nicht auf freyen Fuß zu ſtellen, ſondern hier muß wider ihn die actio de liberali cauſſa negativa angeſtellt werden.

2) **Der Menſch halte ſich bey Imploranten nicht auf.** Hier hat der Implorant den Aufenthalt zu beweiſen.

3) **Er wiſſe von dem Aufenthalte des Menſchen nichts.**

4) **Er bediene ſich ſeines Rechts.** Z. B. Implorat will den freyen Menſchen deswegen nicht auf freyen Fuß ſtellen, weil er ihn von den Feinden ranzionirt und das Ranzionsgeld von ihm noch nicht wieder bekommen habe. Dies iſt keine bösliche Verheimlichung. Er bedient ſich hier ſeines unzubezweifelnden Rechts — des Retentionsrechts *).

5) **Er habe den Menſchen nicht wider deſſen Willen bey ſich.**

6)

i) L. 3. pr. D. de hom. lib. exhib. L. 6. §. fin. D. de L. Fabia de plagiariis.

*) *Georg Ad. Struve*, de vindicta privata, Cap. VI. aphor. 9.

6) Er habe den Menſchen in gutem Glauben (bona fide) als einen Sclaven gekauft k).

Die Einrede der Verjährung findet aus dem oben (§. 259) angeführten Grunde auch hier nicht Statt, daher iſt dieſes Interdict ein Interdictum perpetuum l).

Einen merkwürdigen Fall, wo von dieſem Interdicte Gebrauch gemacht wurde, hat uns Hortleder m) aufbewahrt. Dieſer Fall mag diejenigen, die etwa an dem praktiſchen Nutzen des abgehandelten Rechtsmittels zweifeln möchten, eines Andern belehren. Der Fall iſt der. In der Mitte des 16ten Jahrhunderts befand ſich am Hofe des Herzogs Heinrichs des Jüngern von Braunſchweig, ein gewiſſes Fräulein, Eva von Trotte, die plötzlich verſchwand. Am Hofe zu Braunſchweig gab man vor, ſie ſey geſtorben, und liege zu Gandershauſen begraben. Dieſes Vorgeben fand anfänglich bey ihren Verwandten Glauben. Allein einige Jahre nachher verbreitete ſich das Gerücht, ſie ſey noch am Leben, Mutter von einigen Kindern, und werde vom Herzog auf dem Bergſchloß Stauffenburg gefänglich gehalten. Der Churfürſt von Sachſen, und der Landgraf von Heſſen, machten dem Herzog Heinrich in ihren während der damaligen Fehde mit demſelben erſchienenen Schriften, deshalb öffentlich Vorwürfe; allein er behauptete immer, die von Trotte ſey würklich geſtorben. Dies bewog denn ihre nächſten Verwandten, das interdictum de libero homine exhibendo gegen den Herzog anzuſtellen, und im Jahr 1541, auf dem

k) L. fin. §. 1. D. de hom. lib. exhib.

l) L. 3. §. fin. D. de hom. liber. exhib.

m) in ſeinem Buche von den Urſachen des deutſchen Kriegs, 4. Buch 29 Cap. Siehe auch *Schilter*, exerc. III. §. 23. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1875.

dem Reichstage zu Regensburg, Kaiſer Carl V, ihre Klage zu übergeben. Der Herzog bediente ſich verſchiedener Ausflüchte, wodurch er aber den Klaggrund zu zernichten nicht vermochte, und die von den Klägern durch treffende Repliken widerlegt wurden. Klage, Exceptionsſchrift und Replik dieſes merkwürdigen Rechtshandels findet man bey **Hortleder** am angeführten Ort. Der weitere Fortgang des Proceſſes aber iſt unbekannt geblieben.

§. 267.

Soviel von den in Anſehung des **Zuſtandes der Freyheit** überhaupt, und des **Zuſtandes der Knechtſchaft**, Statt findenden Klagen! Wir kommen nun zu denen, die wegen des **Zuſtandes der Freylaſſung** und wegen des **Zuſtandes der freyen Geburt** anzuſtellen ſind. Wegen des **erſtern** findet Statt die *actio de libertinitate*, und wegen des **letztern** die *actio de ingenuitate*. Jene iſt eine **bejahende** und dieſe eine **verneinende** Präjudicialklage, denn das Vorgeben, daß man Jemanden frey gelaſſen habe, enthält eine Bejahung und das Vorgeben, daß man frey gebohren, ſey beſteht in einer Verneinung; es wird nämlich verneinet, daß Jemand unſer Patron ſey.

Von der actione de libertinitate.

§. 268.

Libertinus, ein **Freygelaſſener**, iſt ein Menſch, der von einer **rechtmäßigen Sclaverey** befreyt

worden iſt n). Dies kann auf zweyerley Art geſchehen ſeyn. **Entweder** ipſo jure, das heißt, weil es die Geſetze ſo verordnen o); oder durch die **Freylaſſung, Manumiſſion,** d. i. **diejenige Handlung, wodurch ein Herr ſeinen Sclaven für einen freyen Menſchen erklärt hat** p). Wer bey den Römern ſeinen Sclaven freygelaſſen hatte, hieß deſſen **Patron**, und es ſtunden ihm, wegen der Freylaſſung, mancherley, mitunter ſehr wichtige Rechte über denſelben zu q), deren Inbegriff das **Patronatrecht** genennt wurde. Machte nun ein Freygelaſſener ſeinem Patron das Patronatrecht ſtreitig; ſo konnte dieſer die gegenwärtige *actionem de libertinitate*, welche von einigen auch die *actio patronatus* genennt wird, und die mit der Freylaſſung begründet werden mußte, wider denſelben anſtel-

n) *Guil. a Loon*, Eleutheria, ſ. de manumiſſione ſervorum apud Romanos; Libri IV. Vltraj. 1685. in *Poleni* theſ. antiqu. Tom. III. num. 6. *Chriſt. Thomaſii* diſſ. de uſu practico diſtinct. hominum in ingenuos et libertinos.

o) *Ipſo jure* wurde z. B. ein Sclav frey, wenn er den gewaltſamen Tod ſeines Herrn der Obrigkeit anzeigte; wenn er einen falſchen Münzer oder Jungfernräuber entdeckte; u. ſ. w. *Heineccii* Inſtitutiones jur. civ. §. 75. der neuſten Ausgabe von **Höpfner**.

p) Davon gab es verſchiedene Arten. Man ſehe *Heineccii* Inſtitutiones, §. 76. 77.

q) Dahin gehörte z. B. 1) daß der Patron Ehrerbietung von dem liberto fordern, und im Fall dieſer ſolche verletzte, ihn in die Sclaverey zurückziehen konnte; 2) daß er berechtigt war, operas officiales von ihm zu verlangen; 3) daß er von dem Freygelaſſenen, wenn dieſer ohne Kinder verſtorben war, bald deſſen ganzes Vermögen, bald den dritten Theil erbte. *Heineccius*, §. 82.

anſtellen, und bitten: daß er für deſſen Patron erkannt, Beklagter alſo für ſchuldig geachtet werden möge, ſich als ein Freygelaſſener gegen ihn gebührend zu bezeigen.

Von der actione de ingenuitate.

§. 269.

Bey den Römern ereignete es ſich zuweilen, daß Jemand über einen Andern, als einen angeblich von ihm Freygelaſſenen, ſich das Patronatrecht anmaßte. War nun dieſer kein Freygelaſſener, ſondern freygebohren; ſo mußte er ſich der gegenwärtigen actionis de ingenuitate wider denſelben bedienen, ſolche damit begründen, daß er keinesweges ein Freygelaſſener des Beklagten ſey, und zu erkennen bitten: daß er kein Freygelaſſener, ſondern freygebohren mithin Beklagter der Anmaßung des Patronatrechts über ihn, fernerhin ſich zu enthalten ſchuldig ſey.

§. 270.

Mit Recht wird der praktiſche Gebrauch dieſer beyden Klagen, ſowohl der actionis de libertinitate, als de ingenuitate, in Anſehung unſerer heutigen Leibeigenen, beſtritten. Denn wer einen Leibeigenen frey läßt, händigt ihm eine Urkunde darüber ein, welche der Laßbrief heiſt, und hierdurch wird ein ſolcher Menſch frey; kein Patronatrecht findet über ihn Statt. — Wie aber: wenn Jemand einen Negerſclaven oder einen gefangenen Türken frey läßt, — hat er alsdenn nicht über dieſen das Patronatrecht? Da die

Neger-

Negerſclaven, eben ſo wie die Türkenſclaven, völlig nach dem römiſchen Recht zu beurtheilen ſind r), ſo iſt beynahe nicht in Zweifel zu ziehen, daß in Anſehung ſolcher Freygelaſſenen die römiſchen Grundſätze vom Patronatrecht eintreten, mithin dem Freylaſſer das Patronatsrecht über den Freygelaſſenen, allerdings zuſtehe s). In dieſem Betrachte alſo könnten doch Fälle vorkommen, wo von gedachten beiden Klagen praktiſcher Gebrauch zu machen wäre.

Von der Diffamationsklage, oder Provocatione ex *L.* (5. C. de ingenuis manumiſſis) *Diffamari* t).

§. 271.

Es kann ſich ereignen, daß einem freygebohrnen Menſchen ſeine freye Geburt von einem Andern, es ſey nun aus vorſätzlich böſen Abſichten, oder vermöge eines irrigen Wahns (ſeu malignitate, ſeu errore) bezweifelt und von ihm, daß er kein Freygebohrner ſey, ausgeſprengt (diffamirt) wird. In dieſem Fall ſoll, wie im Lehrbuche und von faſt allen ältern Rechtslehrern behauptet wird, der Freygebohrne ſich des im L. 5. C. de ingenuis manumiſſis geordneten Rechtsmittels be-

 dienen,

r) *Summermann* ad Prota Pandect. Lib. I. Tit. 5. §. 60.

s) Höpfner im theoretiſch-praktiſchen Commentar über *Heineccii* Inſtitutionen, §. 83.

t) Bernh. Friedr. Lauhn's nutzbarer Gebrauch des remedii provocationis Leipz. 1746.

dienen, nämlich den Ausſtreuer jenes nachtheiligen Gerüchts **provociren, auffordern** können, entweder gegen ihn eine Präjudicialklage anzuſtellen, oder ſeine Nachrede gehörig zu beweiſen. Allein der Inhalt dieſes Geſetzes giebt es mehr als zu deutlich, daß von einer ſolchen Provocation ganz und gar nicht die Rede darinn ſey. Die Worte ſind dieſe: *Diffamari ſtatum ingenuorum, ſeu errore ſeu malignitate quorundam, periniquum eſt: praeſertim cum affirmes, diu praeſidem vnum atque alterum interpellatum a te, vocitaſſe diverſam partem, vt contradictionem faceret, ſi defenſionibus ſuis confideret. Unde conſtat, merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis ſententiam dediſſe, ne de caetero inquietudinem ſuſtineres. Si igitur adhuc diverſa pars perſeverat in eadem obſtinatione: aditus praeſes provinciae ab injuria temperari praecipiet.* — Es hatte nämlich ein gewiſſer **Crescens**, der unter den Kaiſern **Diokletian** und **Maximian** lebte und von welchem ein Anderer, daß er kein freygebohrner Menſch ſey, ausgeſtreut hatte, gegen dieſen eine Präjudicialklage angeſtellt, und war, weil dieſer aus Ungehorſam ſich vor Gericht nicht geſtellt hatte, vom Präſes der Provinz, nach Erwägung der beym Anbringen der Klage angeführten Umſtände, durch eine Sentenz für einen Freygebohrnen erkannt und ihm Schutz gegen die Antaſter ſeiner freyen Geburt zugeſichert worden. Wahrſcheinlich aber mochte deſſen ungeachtet der Beklagte jene Rede immer mehr ausgeſtreut und der Kläger ſich deswegen unmittelbar an die Kaiſer gewendet haben, denn dieſe beſchieden ihn (in den Worten: *Si igitur — praecipiet*): er möge nur den Präſes der Provinz angehen, dieſer werde ihm ſchon den nöthigen Schutz gegen weitere Antaſtung ſeiner Ingenuität angedeihen laſſen. — Es iſt alſo ganz falſch, daß die heut zu Tage bey uns übliche, häufig vorkommende **Diffamationsklage** römiſchen Urſprungs ſey, und namentlich

lich aus dem angeführten Geſetz herrühre v). Dieſe Klage und der Proceß, den ſie begründet, iſt vielmehr durch den Gerichtsbrauch entſtanden x), in der Folge aber ſowohl durch Reichs- und Provincialgeſetze y) beſtätiget worden. Indeſſen behält man doch in Anſehung derſelben die Benennung: *Provocatio ex L. Diffamari*, weil ſie einmal hergebracht iſt, ob ſie ſich ſchon auf jene irrige Meinung gründet, bey.

Soviel vom Urſprung dieſes Rechtsmittels! Wir ſchreiten nun zu deſſen Abhandlung ſelbſt.

§. 272.

Der Grund der Diffamationsklage, oder, wie ſie auch genennt wird, der **Provocation** *ex L. Diffamari*, iſt eine **Diffamation**, das iſt **ein jedes uns nachtheiliges Vorgeben eines Andern.** Hierbey iſt es gleichviel,

1) ob der aus einem ſolchen Vorgeben erwachſende Nachtheil unſre Ehre und guten Namen z), oder unſre Güter a) betreffe;

2)

v) *Berger* in elect. proc. provocator. §. 4. 5. *Hellfeld* in iurispr. for. §. 533. *Chr. Frid. Georg. Meiſter* diſſ. de falſa probatione provocatorii ex jure romano, *in opuſc.* Tom. I. n. 2.

x) Die Zeit ihrer Entſtehung fällt in die Zeiten Kaiſer Friedrichs III. Man ſehe Berger l. c.

y) Reichs-Cammergerichtsordnung P. II. Tit. 25. pr. Reichsabſchied v. J. 1654. §. 83. Erl. Churſächſ. Proceßordn. Tit. 5. §. 5. 6. Neue Altenburg. Proc. O. 1 Th. 2 Cap §. 4.

z) Z. B. Es bringt Jemand von einem Andern die Rede unter die Leute: **Er lebe in einem ſehr vertrauten Umgang mit dem Schinder.**

a) Z. B. Cajus hat ſich gegen den Titius berühmt: **ich ſey ihm 1000 Thaler ſchuldig.**

2) ob die nachtheilige Rede, oder Vorgeben in einer Injurie beſteht, oder nicht b): wenn es nur nicht eine bloße, unehrenrührige Wiedererzählung von etwas iſt, was man von Andern gehört hat c)

3) ob das nachtheilige Vorgeben aus Vorſatz oder aus Irrthum d), ſchlechthin (pure), oder bedingungsweiſe e) geſchehen iſt.

Soll aber dieſe Provocation Statt finden, ſo iſt vorauszuſetzen, daß

1)

b) *Leyſer* Sp. 81. Med. 1. Ueber die Frage: ob dieſe Provocation in ſolchen Fällen Statt finde, wo die Diffamation in einer Injurie beſteht? herrſcht unter den Rechtslehrern eine große Verſchiedenheit der Meinungen. Einige leugnen dies ſchlechterdings, z. B. *Berger* l. c. §. 12. *Schaumburg* in princ. prax. jur. jud. Lib. II. Cap. 6. §. 4. not. ****** und Claproth in den ſummariſchen Proceſſen, S. 300. Indeſſen ſcheint die gegentheilige Meinung, welche *Leyſer* a. a. O. vertheidigt, die gegründeteſte zu ſeyn; wenigſtens ſind die Gründe für die erſtere Meinung, welcher auch der Gerichtsbrauch entgegen iſt, nicht überzeugend. Man ſehe *Mevius* P. I. deciſ. 144. *Carpzov* in praxi crim. P. II. qu. 97. num. 68. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 4te Betrachtung, S. 45. Immer iſt jedoch vorauszuſetzen, daß die Injurie von der Beſchaffenheit ſey, daß dem Beleidigten vernünftigerweiſe daran gelegen ſeyn kann, es öffentlich ans Licht zu bringen, daß der Injuriant ſeine Behauptung nicht habe erweiſen können.

c) *Berger* l. c. §. 17. Siehe unten §. 276. num. 2. c.

d) *Berger* l. c. §. 9. *Schaumburg* in princ. prax. jur. judic. lib. II. Cap. 6. §. 4. Claproth in den ſummariſchen Proceſſen, §. 274.

e) *Berger* l. c. §. 15. *Brunnemann* ad L. 28. D. de fidejuſs. Anderer Meinung iſt jedoch *Carpzov* P. I. Conſt. 7. def. vlt. Ludovici im Civilproceß, Cap. 5. §. 6.

1) die Sache, weshalb ſolche angeſtellt werden ſoll, nicht bereits rechtsanhängig ſey f). So kann z. B. der Hauptſchuldner, wenn der Gläubiger den Bürgen auf die Bezahlung belangt und jener, nämlich der Gläubiger, ſich einer Forderung an erſtern berühmt hat, den Gläubiger nicht provociren.

2) Daß man dadurch nicht beabſichtige, Jemanden in ſeinem Beſitzungsrechte zu beeinträchtigen g), oder eine gegen uns anzuſtellende Unterſuchung abzulehnen h).

3) Daß von den Rechten eines Dritten nicht die Rede ſey i).

Unter dieſen Vorausſetzungen iſt dieſe Provocation vor demjenigen Richter anzuſtellen, welchem der Kläger (der Provocant) unterworfen iſt k). Denn ſie iſt ein **vorbereitendes** Rechtsmittel (judicium praeparatorium)

f) Ludovici im Civilproceß, Cap. 5. §. 7. *Berger* l. c. §. 18.

g) Hier wäre die Provocation vielmehr als ein factum turbativum anzuſehen, weswegen der Provocat um ein Manutenenz, Dekret bitten kann. Z. B. ich libellire: es berühmt ſich *Cajus*, daß dasjenige Haus, worinne er bis jetzt wohnt, ſein eigen ſey. Wenn nun aber mir daran das Eigenthum zuſtehet; ſo nehme ich dieſe Rede des Cajus für eine Diffamation an, und bitte, ſelbigem aufzugeben, daß er ſolche gegen mich klagend anbringe und beweiſe. Dieſe Klage findet nicht Statt. Denn er hat die Rechtsregel für ſich: Qui poſſidet, juſte poſſidere praeſumitur. Dieſe Provocation iſt vielmehr eine Beunruhigung im Beſitze.

h) *Berger* l. c. §. 15. *Lynker* in dec. P. III. dec. 1448.

i) *Berger* l. c. §. 17.

k) *Schaumburg* l. c. §. 5.

rium) l), welches einem andern Proceſſe, den der Provocant durch ſeine Provocation gegen ſich rege machen, und worinne er Beklagtens Stelle vertreten will, den Weg bahnt m). Indeſſen ſind ſehr viele Rechtslehrer der Meinung, daß ſie bey einem jeden Richter, er möge in Anſehung der beyden ſtreitenden Theile competent ſeyn, oder nicht, wenn nur nicht von einer Sache, die vermöge eines Privilegiums, vor einen beſondern Richter gehöre, die Rede ſey, angebracht werden könne n). Zum Grunde für dieſe Meinung führen ſie an; es ſey der Provocant als Beklagter anzuſehen, daher müſſe ihm auch frey ſtehen, ſeinen Gerichtsſtand zu prorogiren. Allein, erwägt man die Sache genau, ſo kann dieſe Meinung aus dem Grunde nicht beſtehen, weil die Provocation, und die durch ſelbige veranlaßte richterliche Erörterung der Sache, keine Handlung der willkührlichen, ſondern der ſtreitigen Gerichtsbarkeit iſt, deren Handlungen aber ohne allen Nachdruck und Würkung ſind, wenn ſie von einem incompetenten Richter unternommen werden o).

Hiernächſt hat dieſes Rechtsmittel das Eigene, daß die Diffamation gleich mit der Uebergabe des Klagſchrei-

l) *Schaumburg* l. c. §. 1.

m) *Schaumburg* l. c.

n) *Carpzov* P. II. deciſ. 213. *Mevius* P. III. deciſ. 112. *Wernher* P. V. obſ. 109. *Berger* l. c. §. 20. u. a. m.

o) *Leyſer* Sp. 81. Med. 4. welcher die Gründe der gegentheiligen Meinung prüft und widerlegt; *Schaumburg* in princ. prax. jur. jud. lib. II. Cap. 6. §. 3. *Io. Hartw. Reuteri* diſſ. de foro competente provocationum ex practica L. Diffamari 5. C. de ingen. manumiſſ. et L. Si contendat 28. D. de fidejuſſor. Halae 1751. Erl. Churſ. Proc. Ordn. Tit. 5. §. 6. Siehe auch die Cammerger. Ordn. Th. 2. Tit. 25.

ſchreibens, wenigſtens einigermaßen beſcheiniget werden muß. Iſt dieſes nicht geſchehen, ſo hat der Richter vor allen Dingen dem Provocanten ſolches aufzulegen, und es iſt ihm, ehe und bevor dieſe Beſcheinigung beygebracht worden, nicht erlaubt, an den Provocaten Ladung ergehen zu laſſen. Thut er es gleichwohl, ſo iſt ſie ohne alle Würkung und nichtig p). Uebrigens kann dieſe Beſcheinigung auch durch Atteſtate glaubwürdiger Perſonen, durch vidimirte Abſchriften q), durch die Ausſage eines einzigen Zeugen r), ob ſie gleich nicht über Artikel erfolgt ſeyn ſollte s), keinesweges aber durch die Eydesdelation t) geführet werden.

§. 273.

p) Reichs⸗Abſchied, v. J. 1654., §. 83. wo es heißt: Es ſoll eher kein Proceß *ex L. Diffamari* decernirt werden, es habe denn zuvor der Kläger gebührlichen Schein der vermeinten Diffamation ſeiner Supplication *pro decernenda citatione* beygeleget. Siehe auch die Churſächſiſche Proceßordnung Tit. 1. am Ende. *Wernher* P. III. obſ. 177. *Berger* l. c. §. 28. *Mevius* P. III. deciſ. 393. Ausnahmen hiervon ſehe man jedoch bey *Martini* in commentar. for. ad ord. Proc. Sax. Elect. Tit. 1. §. 5. num. 53.

q) Und wenn ſie auch von bloßen Briefen, ſowohl des Diffamanten, als anderer Perſonen, genommen worden ſeyn ſollten. *Leyſer* Sp. 81. med. 2. *Berger* l. c. §. 26. Keinesweges aber durch bloße Abſchriften. *Schwendendoerfer* ad Fibigium, pag. 1559. *Schaumburg* l. c. §. 5. Note **); Erl. Churſ. P. O. Tit. 5. §. 5.

r) *Gribner* in princ. proc. Lib. II. Cap. 8. §. 6. In Churſachſen ſind aber Notariatszeugenrotul dazu nicht geſchickt. Siehe die erläuterte Proc. Ordn. a. angez. Orte.

s) *Wernher* P. IV. obſ. 166. *Schaumburg* l. c. §. 5. nota **).

t) Denn es wäre höchſt ungereimt, wenn der Diffamant, welcher, ſeine Diffamation gebührend anzubringen und zu erweiſen,

§. 273. — 275.

Wegen einer ſolchen Diffamation kann nun der Diffamat, d. i. derjenige, zu deſſen Nachtheil ſolche geſchehen, und in dem Fall, wenn ſolche in keiner Injurie beſteht v), deſſen Erben x) wider den Diffamanten, er

ſen, durch die Diffamationsklage aufgefordert wird, entweder die Diffamation geſtehen, oder ſchwören ſollte, daß er den Provocanten nicht diffamirt habe. *Berger* l. c. §. 28. *Mevius* P. III. deciſ. 393. Zum Beyſpiel: Titii Sohn hat eine ledige Weibsperſon geſchwängert, und Titius, der ſich eben ſeines Sohnes nicht anzunehmen hat, verſpricht der Geſchwächten 50 Thaler, wenn ſie ſeinen Sohn nicht als ihren Schwängerer angeben würde. Nach der Zeit weigert er ſich aber ihr die 50 Thaler zu geben, weil er von einem Dritten erfahren haben will, daß ſie eine liederliche Dirne ſey, die ſeinen Sohn zum Beyſchlafe verführt und außerdem noch mit mehreren Mannsperſonen zu thun gehabt habe. Die Geſchwächte provocirt daher jenen Dritten ex L. Diffamari, und deferirt ihm darüber, daß er gegen den Vater ihres Schwängerers, obige Rede geführt habe, in der Diffamationsklage den Eyd. — Dieſe Eydesdelation iſt aus dem angeführten Grunde unſtatthaft und es muß erkannt werden: daß der Provocantin Suchen angebrachtermaßen nicht Statt habe. Rivinus, Tit. I enunc. 20.

v) Denn alsdenn wird dieſe Provocation eine actio ad meram vindictam ſpirans, welche weder active noch paſſive in heredes tranſitoria iſt (§. 55. Num. 3.).

x) Einige Rechtslehrer ſind der Meinung, daß bey dieſer Provocation ein Quaſi-Contract zum Grunde liege, und daher ſolche ohne Unterſchied active und paſſive auf die Erben übergehe; z. B. *Berger*, l. c. §. 44. Claproth hingegen behauptet, daß zwar die Erben des Diffamaten zur Anſtellung dieſer Provocation berechtigt wären, keinesweges aber wider die Erben des Diffamanten ſolche Statt finde; den Fall ausgenommen, daß ſie ihrer Seits ſelbſt die Diffamation fortgeſetzt hätten. Siehe deſſen ſummariſche Proceſſe,

a.

er mag ſeyn wes Standes er wolle y) ingleichen deſſen Erben z), wenn ebenfalls die Diffamation in keiner Injurie beſtehen ſollte, des gegenwärtigen Rechtsmittels ſich bedienen, da er denn das nachtheilige Ausſtreuen mit allen Umſtänden der Zeit, des Orts und der Per-

a. a. O. Dieſe Meinung vertheidigt auch Weber a. a. O. Allein es wird die Diffamationsklage, ſobald der Gegenſtand derſelben keine bloße Injurie ausmacht, ohne Unterſchied auch wider die Erben des Diffamanten gebraucht werden können, wenn man nur dabey auf die Abſicht dieſes Rechtsmittels, welche ſelbſt nach der angenommenen Meynung des jetzt gedachten Herrn Profeſſor Weber darinne beſteht, unſere Gerechtſame gegen unrechtfertige Anmaßungen zu ſichern und den guten Nahmen gegen üble Nachreden vor den Augen des Publici zu rechtfertigen, Rückſicht nimmt. Mithin liegt kein einfaches perſönliches Privatintereſſe gegen den Diffamanten, ſondern vielmehr Rechtfertigung bey dem größern Publico, zum Grunde. Hat nun letztere durch den Tod des Diffamanten von dieſem ſelbſt nicht bewürkt werden können, ſo ſehe ich nicht ein, warum deſſen Erben die unterlaſſene Verbindlichkeit des Verſtorbenen, den Diffamanten zu rechtfertigen, zu erfüllen, nicht gehalten ſeyn ſollten. Einmal, weil die Erben für die Facta des Verſtorbenen ſtehen müſſen, welche hier keinesweges als mere perſonaliſſima anzuſehen ſind, ſondern eine Quaſi-Entſchädigung des Diffamaten, welcher durch das nachtheilige Ausſtreien beeinträchtiget iſt, betreffen. Zweytens, ſollte die Diffamation durch den Tod des Diffamanten auf ſich beruhet bleiben, ſo würde, in einem ſolchen Fall, das Publicum nicht überzeugt, in wiefern ſie ungegründet ſey. Dies könnte aber dem Diffamaten großen Nachtheil verurſachen. Man nehme z. B. die Diffamation beſtünde in einer gerühmten Servitut. Drittens möchten ſelbſt die Erben des Diffamanten, falls die nachtheilige Rede ungerügt bliebe, ſolche für wahr annehmen und ſich eines Rechtes daraus beymeſſen.

y) *Wernher* P. IV. obſ. 166, *Schaumburg* l. c. §. 5. Note **).

z) Siehe die vorhergehende Note y).

Perſonen, gegen welche es geſchehen, genau im Klagſchreiben anzugeben, ſich auf die zugleich beygebrachte Beſcheinigung zu beziehen, und ein, der Beſchaffenheit der geſchehenen Diffamation angemeſſenes Geſuch hinzuzufügen hat. Wenn ſich nämlich der Provocat gewiſſer Anſprüche, die er an den Provocanten habe, gerühmt haben ſollte — z. B. daß er auf deſſen Gütern eine Hypothek hätte, oder daß ihm der Provocant aus einem Darlehn verbindlich ſey — ſo wird gebeten: **dem Diffamanten (Provocaten) anzubefehlen, daß er ſeine Anſprüche binnen einer gewiſſen Friſt, gebührend klagend wider den Provocanten anbringe und erweiſe, widrigenfalls aber gewärtige, daß ihm ein ewiges Stillſchweigen auferlegt werde.** Hat er aber dem Provocanten blos nachtheilige Dinge nachgeredet, weshalb ihm kein beſonderes Recht, wider denſelben zu klagen, zuſteht — z. B. der Provocat hat an verſchiedenen Orten geſprochen, daß Provocant, welcher einen Weinſchank treibt, allerhand unächte und ſchädliche Weine führe — ſo bittet der Provocant: **Provocaten aufzuerlegen, daß er die Wahrheit ſeiner Diffamation binnen einer gewiſſen Friſt beweiſe, oder widrigenfalls gewärtige, daß ihm ein ewiges Stillſchweigen auferlegt werde.** In Sachſen iſt es gewöhnlich, zuvörderſt um Anberaumung eines Termins zur Einlaſſung des Provocaten auf die Provocation, zu bitten, und damit das Geſuch, wie nach erfolgter Einladung zu erkennen, zu verbinden. Zum Beyſpiel: **bitte den Diffamanten (Provocaten) vorzuladen, daß er ſich auf gegenwärtige Provocation einlaſſe, und, wenn ſolches geſchehen, zu erkennen: daß Diffamant die Wahrheit ſeiner Diffamation binnen Sächſiſcher Friſt zu erweiſen (ſeine Anſprüche binnen ſächſiſcher Friſt gebührend wi-**

der

der Diffamaten klagend anzubringen und zu erweiſen) ſchuldig, oder im Unterbleibung deſſen zu gewärtigen habe, daß ihm ein ewiges Stillſchweigen auferlegt werde a). Indeſſen kömmt dieſes Geſuch, der Sache nach, mit dem außerhalb Sachſen gebräuchlichen, überein.

§. 276.

Gegen dieſe Provocationsklage kommen dem Beklagten folgende Einreden zu ſtatten:

1) **Dieſes Rechtsmittel ſey erloſchen.** Da in dem Fall, wenn ſich der Diffamant gewiſſer Anſprüche an den Diffamaten berühmt hat, bey der Provocation die Abſicht zum Grunde liegt, daß jener ſeine vermeintlichen Anſprüche klagend anbringen ſoll; ſo erlöſcht die Provocation in einem ſolchen Fall, ſobald die Hauptklage angeſtellt wird b), oder wenigſtens der Provocat, daß er ſolche anzuſtellen bereit ſey, zu erkennen giebt. Bevor aber dieſes geſchehen, kann ſolche innerhalb 30 Jahren gebraucht werden.

2) **Es ſey keine Diffamation vorhanden.** Dahin gehört:

A) **wenn man dem Provocanten blos widerſprochen, und ihm dabey etwas vorgeworfen hat, was ihm nicht anſtändig iſt.** Ein bloſer Widerſpruch iſt keine Diffamation. Z. B. der Provocant hat in einer Geſellſchaft geſagt, daß ich ihm eine große Summe Geldes ſchuldig wäre. Ich aber habe ſolches mit dem Zuſatze verneint, daß ich im Gegentheil nicht wenig an ihm zu fordern hätte. Dieſes letztere iſt von meiner Seite keine Diffamation.

B)

a) *Schaumburg* l. c. §. 5. Note ****).

b) *Berger* l. c. §. 46.

B) **Wenn man ſich keines Rechts wider den Andern gerühmt hat.** Z. E. Jemand iſt in einem Teſtamente pupillariter ſubſtituirt worden, der Inteſtaterbe aber glaubt, das Teſtament könne nicht beſtehen, und provocirt den Subſtituten, aus dem Teſtamente wider ihn zu klagen. Dieſer antwortet jedoch, er habe ſich keines Rechts wider den Provocanten gerühmt, und er wolle erſt abwarten, ob der Subſtitutionsfall ſich ereignen werde: dermalen könne er alſo noch nicht klagen. Hier iſt die Provocation zu verwerfen.

C) **Wenn man von dem Provocanten blos das erzählt, was man von andern Leuten vernommen hat.** Nur muß das Widererzählte nichts Ehrenrühriges ſeyn.

3) **Die Sache ſey bereits gerichtlich angebracht.** Hier muß der Provocant, wenn er dabey ein Intereſſe zu haben vermeinet, interveniren. Z. B. der Gläubiger hat den Bürgen verklagt, daß er die Schuld, wofür er ſich verbürgt hat, bezahlen ſoll. Der Hauptſchuldner will dieſes als eine Diffamation anſehen, und provocirt deshalb den Gläubiger. Hier kann dieſer ihm dieſe Einrede entgegen ſetzen. Oder: ich hätte wider Jemanden das poſſeſſorium ſummariiſſimum, wegen des Beſitzes des auf Beklagtens Feldern mir zuſtehenden Weiderechts (jus paſcendi) angeſtellt. Darauf provocirt er mich ex L. Diffamari, daß ich mein gerühmtes Weiderecht gegen ihn **petitoriſch** anbringen und erweiſen ſolle. Dazu bin ich nicht verbunden. Denn ein Beklagter kann dem Kläger nicht vorſchreiben, was dieſer gegen ihn für eine Klage gebrauchen ſoll: vielweniger kann er von demſelben verlangen, daß er die angeſtellte Klage, worüber er mit ihm in Streit befangen, verlaſſe, und eine andere wider ihn gebrauche.

4) **Die Sache ſey wahr.** Hier muß der Provocat den Beweis übernehmen. Allein, wenn er auch mit Führung ſeines Beweiſes glücklich iſt, ſo hilft ihm dies doch weiter nichts, als daß er von der Diffamationsklage entbunden werden muß. In dieſem Falle lautet die Sentenz ſo: **daß Provocat von der wider ihn angeſtellten Diffamationsklage zu entbinden und loszuzählen** c), **Provocant auch demſelben die dadurch vergeblich verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.** Denn die peremtoriſche Einrede bringt, wenn ſie bewieſen worden, nur eine Entbindung von der Klage zuwege (§. 140), nicht aber die Verurtheilung des Klägers, weil ſie nur in einer Vertheidigung beſtehet. Will alſo der Provocat, daß der Provocant condemnirt werden ſoll, ſo muß er die Hauptklage wider ihn anſtellen. Z. B. wenn ſich Provocat eines Eheverſpruchs in Anſehung der Provocantin berühmt, und dieſe ihn deshalb provocirt hat, ſo muß er nicht blos exceptionem veritatis vorſchützen, ſondern die Eheklage wider ſie anſtellen.

5) **Die Rede ſey von einem der Obrigkeit angezeigten Verbrechen.** Wenn einer von einem Verbrechen ſpricht, das Jemand begangen haben ſoll, ſo thut er dieſes entweder **gerichtlich**, ſo nämlich, daß er ſolches der Obrigkeit anzeigt, oder **außergerichtlich**. Im **letztern** Fall findet wider den Diffamanten die Provocation Statt. Im **erſtern** Fall aber hat der Denunciant entweder Umſtände angegeben, die es wahrſcheinlich machen, daß der Denunciat das angezeigte Verbrechen wohl begangen haben möchte; oder es iſt dies nicht geſchehen. Nur in jenem Fall iſt die Pro-

c) So daß ihm deshalb kein ewiges Stillſchweigen auferlegt werden darf.

Provocation unzuläßig. Denn das allgemeine Wohl des Staats erfordert es, daß Verbrechen nicht unangezeigt und unbeſtraft bleiben. In dieſem aber iſt die Provocation ſtatthaft, indem die Denunciation aus bloſer Animoſität geſchehen iſt.

6) **Die Provocation ſey als eine Beunruhigung des Beſitzes anzuſehen.** Hier kömmt dasjenige in Erwägung, was bereits oben (§. 272) geſagt worden.

7) **Die geführte Rede gehe Provocanten ganz und gar nichts an** d).

8) **Die ungeſchickte Cumulation.** Wenn z. B. mit der Provocation die Injurienklage cumulirt worden, welches wegen der electiviſchen Concurrenz dieſer Klagen nicht angeht e).

Von der actione civitatis.

§. 277.

Der zweyte **bürgerliche Zuſtand** bey den Römern war der Zuſtand des **Bürgerrechts** (ſtatus civitatis) (§. 245). In Beziehung auf dieſen Zuſtand, waren die Perſonen entweder **Bürger**, d. i. Mitglieder des römiſchen Staats; oder **Fremde**, **Nichtbürger**, ein Unterſchied auf welchen in den frühern Zeiten des römiſchen Staats ſehr vieles ankam. Es hatte nämlich ein römiſcher Bürger gar wichtige Rechte und Vorzüge, auf die ein Fremder keinen Anſpruch machen konnte,

d) *Berger* l. c. §. 17.

e) *Berger* l. c. §. 43. *Carpzov* P. IV. Conſt. 42. def. 15. *Martini*, Tit. I. §. 5. num. 23. ſqq.

konnte, und der Inbegriff aller Rechte und Vorzüge, welche ein römiſcher Bürger vor einem Fremden genoß, machte das römiſche Bürgerrecht (jus civitatis romanae, jus Quiritium) aus f). Alle dieſe Rechte und Vorzüge aber hatten überhaupt einen doppelten Gegenſtand. Sie bezogen ſich entweder auf den öffentlichen Zuſtand, d. i. auf die römiſche Staatsverfaſſung, oder nicht, ſondern ſie betrafen andre Geſchäfte, die mit der Staatsverfaſſung keine Verbindung hatten. Daher der Unterſchied in jus civitatis *publicum* und in jus civitatis *privatum*. Jenes begriff zum Beyſpiel das jus cenſus, ſuffragiorum, honorum, militiae, tribuum u. ſ. w. Zu dieſem aber gehörte unter andern das jus teſtamentifactionis, connubii, patriae poteſtatis, hereditatis, vſucapionis. — Bey uns hat dieſer Unterſchied keinen praktiſchen, ſondern blos hiſtoriſchen Nutzen, denn in Deutſchland hat man zwiſchen Bürgern und Fremden nie einen ſo großen Unterſchied gemacht, als bey den Römern, und die Fremden vom Gebrauch des gemeinen Rechts nie ausgeſchloſſen; ſie ſind vielmehr durch ein Geſetz Kaiſer Friedrichs II. die Auth. *Omnes peregrini*, C. Communia de ſucceſſionibus, in Deutſchland ausdrücklich derſelben Rechte theilhaftig erklärt worden, wie die deutſchen Bürger. Dies gilt auch noch heut zu Tage, inſofern nicht den Bürgern durch beſondere Geſetze gewiſſe Vorrechte vor den Fremden zugeſtanden werden. Dergleichen Geſetze giebt es nun aber dreyerley, daher haben wir auch ein drey=

f) *Sigonius* de antiquo jure civium romanor. Lib. I. Cap. 6. ſqq. *Franc. Car. Conradi* commentat. acad. de jure Quiritium a civitate romana non diverſo. Helmſtad. 1734.

dreyfaches Bürgerrecht: das allgemeine deutſche (jus civitatis germanicae *univerſale* ſ. *imperiale*); das Provincial- (jus civitatis germanicae *provinciale*); und das Local-Bürgerrecht (jus civitatis germanicae *locale* ſ. *municipale* g).

Das allgemeine deutſche Bürgerrecht iſt der Inbegriff aller der Rechte, welche einem aus dem Grunde zuſtehen, weil er ein Unterthan und Mitglied des deutſchen Reichs iſt. Dieſer Rechte aber ſind ſehr wenige. So dürfen z. B. geiſtliche Pfründen nur an Deutſche vergeben, nur Deutſche in den deutſchen Orden aufgenommen werden.

Das Provincialbürgerrecht begreift diejenigen Rechte, welche Jemand als Einwohner eines Territoriums und als Unterthan eines Reichsſtandes hat. So haben z. E. in verſchiedenen Provinzen die Einheimiſchen vor den Fremden das Vorrecht, wenn liegende Güter verkauft werden.

Das locale Bürgerrecht iſt der Inbegriff der Rechte, welche Jemanden als Bürger einer Stadt, oder als Mitglied einer Dorfgemeinde zuſtehen. Z. B. das Recht bürgerliche Nahrung zu treiben, das Recht an den gemeinen Nutzungen (res univerſitatis) Theil zu nehmen u. ſ. w.

Die Bürger, inſofern ſie den Fremden entgegen geſetzt, und unter ihnen Mitglieder eines gewiſſen

g) *Ioh. Rud. Engau* diſſ. de jure indigenarum Germaniae. *Chriſt. Frid. Georg. Meiſteri* diſſ. de ſtatu civitatis ejusque juribus. E. L. A. Eiſenhart's Verſuch einer Anleitung zum deutſchen Stadt- und Bürgerrecht, Braunſchweig, 1791.

ſen Staats verſtanden werden, laſſen ſich nach Verſchiedenheit der Verhältniſſe, in welchen ſie ſich befinden, unter verſchiedenen Beziehungen betrachten. Sie können ſich daher **nach Befinden**, das heiſt, wenn ſie wegen ihres Zuſtandes mit Jemanden, der dabey ein beſonderes Intereſſe hat, Streit bekommen, und auf eine kürzere Art, als auf dem Wege des Proceſſes, zu den Rechten des Zuſtandes nicht gelangen, oder von den Verbindlichkeiten deſſelben frey werden können, der bereits oben (§ 218—244) abgehandelten Präjudicialklagen bedienen. Zum Beyſpiel: Nach der Halliſchen Salzordnung kann Niemand zur Beſatzung gelangen, d. i. an der Pfännerey Antheil haben, wenn er nicht auf 3000 Thaler eigene Güter im Thal hat. Hiervon ſind aber die königlichen Bedienten ausgenommen. Geſetzt nun es ſollte Jemand nicht zur Beſatzung gelaſſen werden, weil ihm nicht zugeſtanden wird, daß er ein königlicher Diener ſey; ſo könnte derſelbe zwar wider die Pfännerey die bejahende Präjudicialklage anſtellen und bitten: **ihn für einen königlichen Diener zu erklären und daher zur Beſatzung zu laſſen.** Allein er kann auf einem weit kürzern Wege zu ſeinem Zweck gelangen, wenn er ſich gleich an den König wendet und ſich deſſen Entſcheidung erbittet. Denn der König muß am beſten wiſſen, ob er ſein Diener ſey, oder nicht h).

Hier iſt nur die Präjudicialklage wegen des Zuſtandes der **Bürgerſchaft**, d. h. in Beziehung auf die Frage: **ob Jemand Bürger einer gewiſſen Stadt ſey, oder nicht ſey?** zu erwägen. Und dies iſt die actio civitatis.

h) *Boehmer* de action. Sect. II. Cap. 1. §. 5. 6.

Von der actione civitatis affirmativa directa.

§. 278 — 281.

Von dem **Bürgerrecht**, oder davon, daß Jemand Bürger einer Stadt iſt, hängen beſondere Rechte und Verbindlichkeiten ab, welche andere Leute, die nicht Bürger dieſer Stadt ſind, nicht haben, und es kann daher auch über dieſen Zuſtand geſtritten werden. Z. B. Jemand iſt zwar Bürger einer Stadt, er hat ſich aber bisher nur in der Vorſtadt aufgehalten und keine bürgerliche Nahrung getrieben; nunmehr aber kauft er ſich in der Stadt ein Haus, zieht in ſelbiges und will nun, gleich andern Bürgern, bürgerliche Nahrung und Handthierung treiben: allein die Bürgerſchaft widerſetzt ſich und will ihm ſolches nicht geſtatten. Hier kann er ſich der gegenwärtigen Klage bedienen. Dieſe iſt mit der Behauptung zu begründen, daß man Bürger einer gewiſſen Stadt ſey, und es muß der Bürgerſchaftszuſtand, falls ſolcher nicht eingeräumt wird, erwieſen werden, welches dadurch geſchiehet, daß gezeigt wird, das Bürgerrecht ſey gehörig erworben. Erworben wird ſolches

1) durch die **Geburt**; wenn man nämlich von einem Bürger der Stadt in rechtmäßiger Ehe gezeugt worden i). In vielen, ja in den meiſten Städten bringt jedoch die bloſe Geburt das Bürgerrecht nicht zuwege k), ſondern man erlangt es

2) durch die **Aufnahme**, welche theils durch dabey geweſene Zeugen, theils durch die Bürgermatrikul erwieſen werden kann.

3)

i) L. 1. §. 2. D. ad municip. et de incol.

k) Die Statuten einer jeden Stadt müſſen hierinne Maaßgabe geben. *Menoch* VI. praeſ. 30.

3) durch eine langwierige Verjährung (praeſcriptio longi temporis). Nach dem gemeinen, und dem gemeinen ſächſiſchen Rechte ſind zur Erlangung des Bürgerrechts, mittelſt der Verjährung, 40 Jahre erforderlich. Nach dem churſächſiſchen Rechte aber nur 31 Jahr 6 Wochen und 3 Tage.

4) durch ein Privilegium.

Auch der Erbe desjenigen, dem das Bürgerrecht ſtreitig gemacht wird, kann ſich dieſer Klage bedienen, wenn er ſolcher Rechte der Bürgerſchaft theilhaftig werden will, welche mit dem Tode ſeines Erblaſſers nicht erloſchen ſind, ſondern auch auf die Erben eines Bürgers übergehen. Z. B. des Rechts, wegen des ererbten Hauſes mit zu brauen, falls die Braugerechtigkeit auf den Häuſern haftet.

Der Beklagte iſt derjenige, welcher, wegen eines beſondern Intereſſe, dem Kläger den Zuſtand, daß er Bürger der Stadt ſey, leugnet, und dies iſt gemeiniglich der Stadtrath oder die Bürgerſchaft.

Das Geſuch iſt: zu erkennen, daß Kläger ein Bürger der Stadt, und daher in ſelbiger, gleich andern Bürgern, bürgerliche Nahrung und Handthierung zu treiben, wohl befugt ſey. Zur bürgerlichen Nahrung gehört vornämlich

1) daß man Bier brauen und verkaufen darf, wiewohl dieſe Befugniß nicht aller Orten Statt findet,

2) die Befugniß Handlung und Handwerk zu treiben,

3) daß man liegende Gründe, ſowohl in der Stadt, als im Stadtgebiete, ſich erwerben darf 1).

§. 282.

1) Ein Formular von dieſer Klage ſiehe oben nach dem §. 229.

§. 282.

Die Eintreden, welche dieſer Klage entgegen geſetzet werden können, ſind folgende:

1) der Verluſt des Bürgerrechts. Es kann ſowohl mit, als ohne Klägers Willen verlehren gehen. Jenes geſchieht, wenn er es ausdrücklich oder ſtillſchweigend aufgiebt. Z. B. er reſignirt freywillig auf ſelbiges; oder, er wendet ſich mit ſeinem Vermögen aus der Stadt und zieht anderswohin. Wider Willen geht das Bürgerrecht verlohren durch Erleidung einer Strafe; z. E. wegen Staupenſchlags mit Landesverweiſung.

2) Des Klägers in Erfahrung gebrachte Untüchtigkeit. Als: er iſt ein Ketzer, z. E. ein Jude, — ein Geächteter, Leibeigener, Ehrloſer, u. ſ. w.

3) Kläger habe das Bürgergeld noch nicht erlegt,

4) den Bürgereyd noch nicht geſchworen,

5) ſich noch nicht in die Bürgermatrikel einſchreiben laſſen, —

6) er ſey mit keinen unbeweglichen Gütern angeſeſſen. An vielen Orten iſt die Angeſeſſenheit mit liegenden Güthern erforderlich, wenn Jemand als Bürger ſoll aufgenommen werden können.

Noch iſt die Frage: Bey welchem Richter dieſe Klage anzubringen? zu erörtern. Hierauf iſt mit Unterſchied zu antworten. Es ſoll entweder wider den Stadtrath, oder wider die Bürgerſchaft geklagt werden. Im erſten Fall, und wenn der Stadtrath ſchriftſäſſig, iſt die Klage bey dem Landesherrn, oder bey dem ihn repräſentirenden Collegium, unter welchem der Stadtrath ſtehet, anzubringen; ein amtsſäſſiger Stadtrath hingegen muß bey dem Amte, welchem er untergeordnet, belangt werden. Im letztern Fall aber

hat

hat man bey dem Stadtrathe gegen die Bürgerſchaft zu klagen. Soll gegen beyde geklagt werden, ſo muß es vor ihrem beyderſeitigen Oberrichter, dem Landesherrn, geſchehen.

Von der *actione civitatis negativa directa.*

§. 283.—287.

Die Natur und Eigenſchaften dieſer Klage ergeben ſich von ſelbſt aus der vorhergehenden Klage, und dasjenige, was über ſolche Klage im Lehrbuch enthalten, iſt ohne weitere Erläuterung verſtändlich.

Von der *actione civitatis affirmativa* und *negativa contraria.*

§. 288.

Auch in Anſehung dieſer Klagen iſt nichts beſonderes zu bemerken, indem bey ſelbigen dasjenige zur Anwendung kömmt, ,was bereits oben von der actione praejudiciali affirmativa und negativa *contraria* überhaupt (§. 220 u. ff.) vorgekommen iſt.

Von der actione familiae.

§. 289.

Der dritte bürgerliche Zuſtand iſt der Familienzuſtand (ſtatus familiae) (§. 245). Das Wort: *Familia* kömmt in den römiſchen Geſetzen, in mancherley Bedeutung vor. Es bedeutet überhaupt Perſonen

oder

oder Sachen m). Wird es von Perſonen gebraucht, ſo zeigt es an

1) ſämtliche Sclaven eines Herrn. Dieſe Bedeutung gehört jedoch nicht hierher.

2) Bedeutet es einen Inbegriff von Verwandten, d. i. ſolchen Perſonen, welche von einem gemeinſchaftlichen Stammvater abſtammen. Beſonders werden die Agnaten, d. h. die durch Mannsperſonen verwandten Perſonen, darunter verſtanden. Das durch die Abſtammung zwiſchen ſolchen Perſonen ſtatt findende Verhältniß könnte zwar der Familienzuſtand genennt werden; indeſſen iſt dieſe Benennung nicht gewöhnlich.

3) Eine Hausgeſellſchaft, Haushaltung, (ſocietas domeſtica), d. i. eine Geſellſchaft, die aus der ehelichen, älterlichen und hausherrlichen, oder wenigſtens aus zweyen davon zuſammengeſetzt iſt. Die Eigenſchaft, daß Jemand ein Mitglied einer ſolchen Familie iſt, heiſt eigentlich der Familienzuſtand.

Wegen dieſes ſowohl, als wegen des Verhältniſſes der Verwandtſchaft, oder des Familienzuſtandes in uneigentlicher Bedeutung, findet die actio familiae, die, wie alle Präjudicialklagen, affirmativa oder negativa iſt, Statt.

I. Von

m) Hier wird der Inbegriff aller Dinge darunter verſtanden, welche ein Menſch im Vermögen hat, beſonders die Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen. In dieſer Bedeutung iſt das Wort: Familia im Titel der Pandecten: *Familiae* erciſcundae, d. i. von Theilung der Verlaſſenſchaft, genommen.

I. Von der Familienklage wegen des ehelichen Zuſtandes.

§. 290.

Der eheliche Zuſtand iſt dasjenige Verhältniß, welches wegen einer rechtmäßigen Ehe zwiſchen gewiſſen Perſonen Statt findet. Dieſe Perſonen ſind der Ehemann und die Ehefrau. Die Ehe iſt ein von einem Manne und einem Weibe, nach der in den Geſetzen vorgeſchriebenen Form, eingegangener Vertrag, um Kinder zu zeugen und zu erziehen n). Vor ihr geht das Verlöbniß vorher, d. i. ein ernſtliches, verbindliches Verſprechen zweyer Perſonen verſchiedenen Geſchlechts, eine künftige Ehe einzugehen.

Die in Anſehung des ehelichen Zuſtandes vorkommenden Klagen ſind daher von doppelter Art. Theils ſolche, die wegen des nur erſt zugeſagten ehelichen Zuſtandes, oder der Verlöbniſſe wegen, Statt finden: theils ſolche, die ſich auf den bereits errichteten ehelichen Zuſtand beziehen.

Von

n) F. G. A. Lobethan's Einleitung zur theoretiſchen Eherechtsgelahrtheit; 2te Aufl. Halle 1788. J. A. Hofmann's Handbuch des deutſchen Eherechts. Jena 1789. C. Ch. Dabelow's Grundſätze des allgemeinen Eherechts der deutſchen Chriſten. Halle 1792. J. W. Loy's proteſtantiſches Eherecht, in einer Reihe theologiſcher und juriſtiſcher Bedenken; 2 Theile. Nürnberg und Altorf, 1793. 1794.

Von den des Verlöbniſſes wegen Statt findenden Klagen.

§. 291.

Es concurriren hier mancherley Nichtpräjudicialklagen, die, wegen ihres verſchiedenen Endzwecks, nicht mit einander verwechſelt werden dürfen. Um dieſes zu verhüten, ſind ſolche durch verſchiedene Beſtimmungen im Lehrbuche genau auseinander geſetzt worden.

Die erſte Beſtimmung bezieht ſich auf die Verſchiedenheit des Verlöbniſſes ſelbſt, von dem Vertrage des erſt zu ſchlieſſenden Verlöbniſſes; und die zweyte auf den Unterſchied zwiſchen dem *pacto de deſpondendo*, und den Verlöbnißtractaten.

Haben ſich zwey Perſonen verſchiedenen Geſchlechts nur erſt einander zugeſagt, daß ſie ſich verloben wollen, ſo ſind ſie zwar noch zur Zeit weder Bräutigam und Braut zu nennen, noch walten unter ihnen diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten ob, welche Verlobte gegen einander haben; jedoch können ſie aus dem Vertrage (pactum de ſponſalibus ineundis), wenn ſonſt demſelben nichts im Wege ſtehet, wider einander auf die Vollziehung ſolches Verſprechens, oder allenfalls, d. h. wenn die Erfüllung des Verſprechens, durch des einen Theils Schuld nicht geſchehen kann, auf die Leiſtung des Intereſſe klagen. Es muß aber, wie gedacht, ſothanem Vertrage nichts entgegen ſtehen. Dies iſt der Fall, wenn

1) beyde noch von zu zartem Alter geweſen ſind, als daß ſie ein gültiges Verſprechen hätten thun können;

2) wenn das Verſprechen im Scherz, oder in der Trunkenheit o) geſchehen iſt;

3) wenn es unter der Bedingung geſchehen, dafern des einen oder andern Theils Aeltern oder Vorgeſetzte darein willigen würden, dieſe aber hinterher damit nicht zufrieden ſind.

Auf die Leiſtung des Intereſſe kann aber nur im Nothfall geklagt werden, daß nämlich der widerſpenſtige Theil ſich mit dem klagenden, welcher die Schließung des Verlöbniſſes begehrt, abfinden ſoll.

Alles, was dieſem Verſprechen entgegen ſteht, dient wider die Klage zur Einrede. Insbeſondere auch, daß der klagende Theil nach geſchloſſenem Vertrage, ein unehrbares, unkeuſches Leben, zu führen angefangen habe.

Zum Beweiſe dieſes Vertrags, als des Grundes der Klage, kann man ſich auch der Eydesdelation bedienen.

Von dieſem pacto de ſponſalibus ineundis iſt verſchieden

1) das *pactum de deſpondendo*, wenn nämlich diejenigen, welche gewiſſe Perſonen unter ihrer Gewalt haben, als: Aeltern, Vormünder einander verſprechen, dieſe Perſonen mit einander zu verloben. Hier können erſtere zwar ihr Wort ohne gerechte Urſache nicht wieder zurücknehmen, ſondern ſie ſind verbunden, ſowohl in das Verlöbniß, als in die Heyrath der Kinder oder Mündel, zu willigen, wenn dieſe bey herangekommenen Jahren einander heyrathen wollen.

o) L. 14. D. de ſponſal.

wollen. Dieſe letztern aber können, wenn ſie dazu keine Luſt haben ſollten, nicht gezwungen werden p).

2) die Verlöbniß- oder Heyrathstractaten. Dieſe beſtehen in Unterhandlungen, da man erſt über ein zu ſchließendes Eheverlöbniß einig werden will, und bringen noch keine vollkommene Verbindlichkeit, folglich auch keine Klage hervor.

Von der verweigerten Einwilligung eines Dritten, in ein zu errichtendes Verlöbniß.

§. 292.

Gewiſſe Perſonen ſind verbunden, wenn ſie ſich verloben wollen, die Einwilligung eines Dritten zum voraus ſich dazu gehörig zu erbitten. Dahin gehören:

I. Kinder, die noch unter der älterlichen Gewalt ſtehen. Dieſe können ohne Wiſſen und wider Willen der Aeltern kein gültiges Eheverlöbniß eingehen. Nach dem römiſchen Recht war nur die Einwilligung des Vaters nothwendig erforderlich q); nach deutſchen Rechten aber iſt auch der Mutter Einwilligung nothwendig, wenn der Vater geſtorben, oder, ſeine Einwilligung zu ertheilen, verhindert iſt. Lebt der Vater noch und iſt ſeine väterliche Gewalt durch nichts gehemmt, ſo geht ſeine Einwilligung oder Nichteinwilligung dem Willen

p) c. 1. Cauſ. 30. qu. 2. Man ſehe auch den L. 13. D. de ſponſalibus.

q) L. 7. 12. 14. 20. C. de nupt. L. vlt. C. de repud. et divort. L. vn. C. de rapt. virg.

Willen der Mutter vor r). Sollten jedoch die Aeltern die gebetene Einwilligung ohne **gerechte Urſache** verweigern; ſo können die Kinder die Obrigkeit angehen und dieſelbe um Erlaubniß zur Schließung der Ehe, an der widerſprechenden Aeltern Stelle, imploriren s).

Eine gerechte Urſache, den Conſens zu verweigern, iſt aber:

1) die **Armuth**; wenn der Sohn noch keine Frau ernähren kann.

2) **allzugroße Ungleichheit des Standes.**

3) **daß die Verlobung ohne der Aeltern Einwilligung geſchehen,**

Uebrigens iſt die Imploration um Ergänzung des älterlichen Conſenſes, auf drey Stücke zu richten. Nämlich 1) den Imploraten dahin zu vermögen, daß er ſeine Einwilligung zum Verlöbniß gebe, oder 2) hier-

r) *Leyſer* Sp. 291. med. 8. Sp. 300. Med. 13—17. *Eman. Io. Frid. Manzel*, diſſ. de aequali vtriusque parentum jure, qua conſenſum parentum in ſponſalia. Roſt. 1760. *Pet. de Ludewig* diſſ. de differentiis Iur. Rom. et Germanici in connubiali imperio conſenſuque parentum. Halae 1721. Aug. Frid. Schott im Eherecht §. 93. Note **) *Georg. Lud. Boehmer* diſſ. de neceſſario parentum conſenſu in nupt. liberor. Halae 1740. in El. jur. civ. T. 1. num. 16.

s) B. Ch. Löw Abhandl. von der Einwilligung der Aeltern in die Ehen ihrer Kinder, aus philoſophiſchen Gründen hergeleitet und durch poſitive Geſetze und Gewohnheiten verſchiedener Völker beſtätigt. Wien 1785. *Fr. Gaertner* diſſ. de ſupplendo conſenſu in ſponſal. ſecundum jus commune et Heſsiacum. Marp. 1789. *Ge. Ludw. Boehmer*, de imploratione judicis pro ſupplendo conſenſu parentum in nuptias liberorum; in deſſen auserleſenen Rechtsfällen, nr. 94.

hiernächſt rechtmäßige Urſachen ſeines Widerſpruchs bey⸗bringe, 3) in deren Ermangelung aber auch auf fernern Verweigerungsfall, den verweigerten Conſens von Amts⸗wegen zu ergänzen.

Z. B. bitte: meinen Vater vorzuladen und ihn dahin zu vermögen, daß er ſeine Einwilligung, mich mit der *Tullia* zu verloben, ertheile, oder rechtmäßige Urſachen ſeiner Weigerung beybringe, in deren Ermangelung aber, auch auf fernern Verweigerungsfall, meines Vaters verweigerten Conſens von Amtswegen zu ſuppliren, und zu verſtatten, daß ich mich mit der *Tullia* ordentlich verloben, und das Verlöbniß mit derſelben, durch prieſterliche Trauung vollziehen dürfe.

II. Minderjährige, d. i. ſolche Perſonen, welche noch unter der Vormundſchaft ſtehen. Dieſe müſſen nach einigen Particulargeſetzen die Einwilligung ihrer Vormünder haben t). Nach gemeinem Rechte iſt die Einwilligung derſelben, ſo wie überhaupt ſolcher Perſonen, welche keine älterliche Gewalt haben, nicht nothwendig erforderlich v).

III. Nach den Kriegsartikeln der meiſten Staaten, müſſen die Soldaten, beſonders die Gemeinen und Un-

t) *Lenichen* obſ. ſel. de neceſſario tutorum ſ. curatorum in ſponſalibus minorum conſenſu, in *Leyſeri* Med. ad Pand. Vol. XI. *Caſp. Achat Beck* diſſ. de ſponſalib. minorum ſine conſenſu curatorum non contrahend. Ienae 1718.

v) L. 20. D. de ritu nupt. L. 8. C de nupt. *de Ludewig* diſſ. de conſenſu connubiali extra patrem. Halae 1722.

Unterofficiers, die Einwilligung ihres Befehlshabers zu der Ehe, bey Strafe der Nichtigkeit, haben x).

IV. Die Leibeigenen müſſen zu ihren Heyrathen die Einwilligung des Leibherrn haben y).

§. 293.

Iſt nun aber ein Verlöbniß bereits errichtet, ſo verlangt entweder ein Theil deſſen Vollziehung, oder er will an ſelbiges nicht gebunden ſeyn. Im erſtern Fall findet die *actio ex ſponſu* Statt. Im letztern aber iſt, nach Beſchaffenheit der Umſtände, die *querela nullitatis ſponſaliorum*, oder die *actio repudii* anzuſtellen; welche Klagen nach einander abgehandelt werden.

Von der actione ex ſponſu, oder der insgemein ſogenannten actione matrimoniali, oder Eheklage.

§. 294.

Zu den poſitiven Verbindlichkeiten, welche verlobte Perſonen gegen einander haben z), gehört auch die, daß

x) *Gottfr. Lud. Mencken* diſſ. de liberorum et militum ob defectum conſenſus parentum et chyliarchae nullitate. Vitembergae 1723.

y) Nach einer ganz neuerlich (1800) im Heſſen-Caſſelſchen erſchienenen landesherrlichen Verordnung, ſoll künftighin jeder Civildiener, ohne Ausnahme, er mag ſeyn, wer er will, vor der Copulation einen Heyrathsconſens vom Landgrafen beybringen; und den Predigern iſt bey einer nahmhaften Strafe verboten worden, irgend einen Civilbedienten ohne einen ſolchen Schein zu trauen.

z) *Ios. Maria Schneidt* diſſ. ſiſtens quasdam meditationes circa obligationem ex ſponſalibus oriundam. Wirceb. 1787.

daß ſie ihre verſprochene Ehe zu gehöriger Zeit zu vollziehen verbunden ſind. Haben ſie zur Vollziehung eine gewiſſe Zeit beſtimmt, ſo muß dieſe abgewartet werden, und es kann kein Theil vor deren Ablauf, wider des Andern Willen auf die Vollziehung klagen. Iſt aber eine dergleichen Zeit nicht beſtimmt worden, ſo kann zwar ſogleich auf die Vollziehung der Ehe geklagt werden; jedoch iſt nach Beſchaffenheit der Umſtände zu beurtheilen, ob und in wiefern demjenigen Theile, welcher die Vollziehung verzögert, ſein Verzug zugerechnet werden kann a). Es mag nun aber eine gewiſſe Zeit zur Vollziehung der Ehe beſtimmt, und dieſe verfloſſen ſeyn, oder in Ermangelung einer dergleichen Zeitbeſtimmung, ein Theil ohne gerechte Urſache in der Vollziehung ſaumſeelig ſich beweiſen; ſo iſt die Klage, welcher man ſich wider den widerſpenſtigen Theil zu dem Endzweck, daß die Ehe vollzogen werden möge, zu bedienen hat, die gegenwärtige *actio ex ſponſu*. In den römiſchen Geſetzen kömmt ſie nicht vor. Manche wollen zwar behaupten, daß bey den Römern eine dergleichen Klage Statt gefunden habe: es iſt aber nicht erweislich b). Dem ſey wie ihm wolle. Heut zu Tage haben wir ſolche. Eine Präjudicialklage iſt ſie nicht, denn ſie entſpringt aus einem jure *perſonali*, nämlich aus dem Eheverſprechungsvertrage, nicht aber aus dem jure *perſonarum*. Aus letzterm iſt ſie deshalb nicht herzuleiten, weil der Umſtand, daß man ein Bräutigam oder eine Braut iſt, eigentlich kein Zuſtand, im rechtlichen Verſtande dieſes Worts, ge-

a) Schott, §. 151.

b) Man beruft ſich desfalls auf Gellius in noctib. Atticis, wo von einer actione de ſponſu die Rede iſt. Es iſt aber ſehr zweifelhaft, ob dieſe Stelle auf die jura romana, oder auf die jura Latii zu deuten ſey. *Leyſer* Sp. 293. Med. 1.

genennet werden kann (§. 218), ſondern durch das Verlöbniß wird nur erſt die Errichtung eines neuen Zuſtandes, nämlich des ehelichen Zuſtandes, verſprochen. Weil ſie auf die Vollziehung der verſprochenen Ehe gerichtet wird, ſo heißt ſie auch die Eheklage. Indeſſen iſt die Benennung: *actio ex ſponſu*, ſchicklicher, weil aus dem Verlöbniß nicht immer auf die Vollziehung der Ehe, ſondern zuweilen blos auf die Leiſtung des Intereſſe geklagt wird c).

Der Grund dieſer Klage iſt ein **rechtsverbindliches**, das iſt, ein ſolches Verlöbniß, welches nach den Geſetzen eine vollkommene Verbindlichkeit zur Vollziehung der Ehe hervorbringt. Dergleichen iſt eigentlich ein **öffentliches**, oder ein ſolches Verlöbniß (ſponſalia publica), welches nach der in den Landesgeſetzen vorgeſchriebenen Form eingegangen worden d). Ein **heimliches** Verlöbniß (ſponſalia clandeſtina) hingegen iſt ein ſolches, das ohne Beobachtung der geſetzlichen Form geſchloſſen worden e).

Das

c) *Leyſer* l. c.

d) Dieſe Form beſteht darinne, daß die Verlöbniſſe entweder in Gegenwart von Zeugen geſchloſſen, oder ſchriftlich aufgeſetzt werden müſſen. Nach manchen Landesgeſetzen ſoll, auſſer einer gewiſſen Anzahl Zeugen, auch der Prediger zugezogen werden.

e) Ob dergleichen heimliche Verlöbniſſe für nichtig zu halten ſeyen, dies hängt von der Verordnung der Landesgeſetze ab. Nicht alle Landesgeſetze ſetzen die Strafe der Nichtigkeit darauf.

Das den Grund dieſer Klage ausmachende rechtsverbindliche Verlöbniß aber muß, wenn es vom Beklagten geleugnet wird, bewieſen werden f).

Dies kan geſchehen:

1) durch **Zeugen**, welche dem Verlöbniß beygewohnt haben, und wovon auch Aeltern und andere Verwandte nicht ausgeſchloſſen ſind g).

2) durch **Urkunden**, z. B. durch Briefe, beſonders durch den Ehevertrag.

3) durch die **Eydesdelation**. Sonſt hielten viele Rechtslehrer dafür, es könne demjenigen, welcher den Eheverſpruch leugnet, der Eyd nicht zugeſchoben werden, weil es ein Eyd wider die Ehe wäre, indem, wenn der widerſpenſtige Beklagte, wie zu vermuthen ſtehe, ſolchen abſchwöre, die Ehe dadurch verhindert, und gar leicht ein Meineyd begangen würde h). In neueren Zeiten aber hat man dieſe unbillige Meynung aufgegeben, und man behauptet jetzt mit beſſerm Grund, daß ohne Unterſchied in Eheſachen die Eydesdelation zuläßig ſey i). Unbillig iſt jene Meinung aus dem Grunde,

f) *Ioh. Sam. Stryck* diſſ. de probatione ſponſaliorum. Halae 1711.

g) C. 5. 22. 24 X. de teſtibus. C. 10. X. de probat. C. 3. X. qui matrim. accuſ. poſſunt. *Berger* l. c. §. 39. Des Verf. Theorie der ſummar. Proceß. §. 369.

h) *Carpzov* in jurisprud. eccleſ. Lib. III. def. 44.

i) Vorzüglich hat dies *Struck* (Ioh. Sam.) dargethan, in ſeiner Diſſertation: de delatione juramenti in matrimonialibus. Halae 1702. Siehe auch *Brunnemann* ad L. 9 D. de jurejur. n. 25. 26. Titius in der Probe des deutſchen geiſtlichen Rechts, 5. Buch 5. Cap. §. 3. u. ff. *Leyſer* sp. 135. Med. 8. Ludovici im Conſiſtor. Proc. 15 Cap. §. 2. u. ff. Sie auch des Verf. Theorie der ſummariſchen Proceſſe §. 360. Num. 3. Seite 253.

de, weil es ſich leicht zutragen kan, daß die bey einem Verlöbniſſe zugegen geweſenen Zeugen geſtorben, oder ſonſt nicht mehr zu haben ſind, mithin der eheluſtige Theil der Verlobten um ſein Recht kommen würde, wenn ihm nicht nachgelaſſen ſeyn ſollte, ſich der Eydesdelation zu bedienen.

§. 295. – 297.

Der **Kläger** iſt hier blos der Verlobte, welcher die Vollziehung des Verlöbniſſes verlangt. Nicht deſſen Erbe, weil das aus dem Verlöbniß erlangte Recht ein jus perſonaliſſimum iſt.

Der **Beklagte** iſt der Verlobte, welcher das Verlöbniß zu vollziehen ſich weigert. Ebenfalls aber nicht deſſen Erbe. Von dieſem kann nach deutſchen Rechten nicht einmal der Mahlſchatz, welchen der verſtorbene Verlobte vom klagenden Theil erhalten, wieder gefordert werden; denn bey uns nimmt man an, daß der Mahlſchatz blos als ein Zeichen geſchloſſener Verlöbniſſe, nicht aber zugleich, wie bey den Römern, in Rückſicht auf die künftige Ehe, geſchenkt werde k).

Das Geſuch wird dahin gerichtet: **zu erkennen, daß Beklagter die Ehe durch prieſterliche Trauung mit Klägern zu vollziehen ſchuldig**: nicht auf eine Declaration des Zuſtandes; z. B. **die Beklagte für Klägers Braut zu erklären**; weil, wie oben gedacht, das Verlöbniß keinen Zuſtand im rechtlichen Sinne hervorbringt, und der Kläger durch dieſe Bitte noch nicht zu ſeinem Endzweck gelangt.

F 2 Sollte

k) *Carpzov* P. III. conſt. 19. def. 13. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 23. Tit. 1. §. 25. *Wernher* P. III. obſ. 29. Anders war es bey den Römern, nach dem L. 3. C. de ſponſal.

Sollte der Beklagte, ohne hinreichende Urſachen zu haben l), die Vollziehung der Ehe durchaus verweigern, ſo wird er durch obrigkeitliche Zwangsmittel ſtufenweiſe dazu angehalten. Z. B. durch Geldſtrafen, und wenn dieſe nichts fruchten, Gefängnißſtrafen, am Ende wohl gar durch die vom Conſiſtorio decretirte Antrauung ſelbſt. Indeſſen iſt, auch bey einer nicht zu rechtfertigenden Abneigung, wenn wirklich ſchlimme Folgen aus der erzwungenen Ehe zu befürchten ſind, abſoluter Zwang nicht rathſam, vielmehr iſt eher dem Kläger durch eine hinlängliche Satisfaction zu helfen m).

Kann nun aber die prieſterliche Trauung wegen Gefährde oder Schuld des Beklagten, nicht erfolgen, ſo iſt der Kläger, das Intereſſe zu fordern, berechtiget. Dieſes kan er auch dann fordern, wenn er wegen einer nach Schließung des Verlöbniſſes ſich hervorgethanen gerechten Urſache an ſolches nicht mehr gebunden, und die Ehe zu vollziehen nicht mehr ſchuldig iſt; z. B. wenn nach geſchloſſenem Verlöbniß der Beklagte mit einer andern Perſon in Unehren zu thun gehabt hat. Im letztern Fall wird es wegen des verletzten Verſprechens, und dadurch zugleich erlittenen Schimpfes, geleiſtet. Uebrigens hängt deſſen Beſtimmung, falls dieſe nicht in einer ausbedungenen Conventionalſtrafe n) enthalten ſeyn ſollte, vom Ermeſſen des Richters ab o).

§. 298.

l) Denn hat er eine dergleichen hinreichende Urſache, ſo kömmt ihm ſelbige zu Statten. C. 10. 17. 22. X. de ſponſal.

m) Schott §. 151.

n) *Stryck* de diſſ. ſponſalit. Sect. I. §. 13. ſeqq. *Leyſer* Sp. 293. Med. 6.

o) Das römiſche Recht verbietet ſchlechterdings die Conventionalſtrafen bey Verlöbniſſen. *L.* 134. D. de verbor. oblig.

L.

§. 298.

Dieſer Klage können gar mancherley **Einreden** entgegengeſetzt werden. **Ueberhaupt** dient dazu alles dasjenige, weshalb ein Vertrag entweder gleich anfänglich für ungültig geſchloſſen zu achten, oder was ſolchen nach der Zeit unverbindlich macht. Was 1) die freye Einwilligung hindert, 2) dem ernſtlichen Willen, und 3) der Vorſchrift der Geſetze entgegen iſt, — dieſes bewirkt, daß das Verlöbniß **gleich anfänglich** für ungültig geſchloſſen zu achten iſt. Z. B. Betrug, Irrthum, gerechte Furcht, Verſtellung, Scherz, bloße Verlöbnißtractaten, nicht erfüllte Bedingungen, heimliche Verlöbniſſe, daß Kläger ſchon vorher, ohne daß Beklagter ſolches gewußt, mit einer andern Perſon in Unehren zu thun gehabt, die allzunahe Verwandſchaft oder Schwägerſchaft. **Nach der Zeit** wird ein Verlöbniß unverbindlich, **wenn ſich hinterher etwas ereignet, das, wenn man es vorher gewußt hätte, uns von Schließung des Verlöbniſſes würde abgehalten haben,** Z. B. ein vom Kläger nach geſchloſſenem Verlöbniſſe begangenes grobes Verbrechen, heimliche Entweichung in ein fremdes Land, Eheverlöbniß mit einer andern Perſon, u. ſ. w.

Was die **beſondern** Einreden anlangt, ſo gehören dahin folgende:

1) **Es ſey noch kein Verlöbniß geſchloſſen** (§. 291).

2)

L. 71. §. 1. D. de condit. et demonſtr. L. 2. C. de prohib. ſtipul. L. 5. C. de ſponſal Das canoniſche Recht aber verbietet ſolche nur bey den Verlöbniſſen der Unmündigen, c. 29. X. de ſponſalib.

2) Es ſey zu nahe Verwandſchaft oder Schwägerſchaft vorhanden. Hiervon weiter unten (§. 321).

3) Kläger oder Beklagter ſey zur Ehe untüchtig worden.

4) Das Eheverſprechen ſey ein heimliches, indem Beklagtens Aeltern, Vormund, um ihre Einwilligung nicht befragt worden. Hier iſt jedoch vorauszuſetzen, daß der Kläger gewußt habe, daß Beklagter nicht älternlos ſey, oder unter der Vormundſchaft ſtehe, denn da war er verbindlich, die Einwilligung dieſer zu ſuchen. Hat er hingegen dies nicht gewußt, ſo kann ſich der Beklagte dieſer Einrede nicht bedienen. Hier iſt Klägern deßhalb keine Schuld beyzumeſſen, und in dieſem Fall die Einrede, daß der Eheverſpruch heimlich geſchehen, eine exceptio de jure tertii, nämlich der Aeltern oder Vormünder. Dieſe müſſen vielmehr interveniren, wenn ſie die Ehe hindern wollen.

So fällt auch dieſe Einrede weg, wenn die geſchwächte Braut wider den Bräutigam klagt p).

5) Es ſey noch nicht der Zeitpunkt da, daß Kläger klagen könne. Hier treten diejenigen Grundſätze ein, deren oben (§. 294) gedacht worden.

6) Kläger habe kein Klagrecht mehr, und habe alſo zu ſpät geklagt. Man hat nämlich Rückſicht zu nehmen, ob eine gewiſſe Zeit verabredet worden, nach deren Verlauf man weiter an das Verlöbniß nicht gebunden ſeyn wolle; oder nicht. Im erſten Fall erlöſcht die Klage, wenn die Zeit verſtrichen iſt. Im zweyten Fall aber findet ſie erſt nach 30 Jahren nicht mehr Statt.

Von

p) *Wernher* P. II. obſ. 421.

Von der querela nullitatis ſponſaliorum.

§. 299.

Nach dem vorhergehenden Paragraphen kann derjenige, welcher actione ex ſponſu belangt worden iſt, ſich der Einreden bedienen, daß das Verlöbniß **gleich anfänglich ungültig** errichtet worden; oder: daß **nach deſſen Eingehung** ſolche Umſtände ſich ereignet hätten, weßhalb er an daſſelbe nicht mehr gebunden ſey. Es kan aber auch, ſowohl wegen der **Nichtigkeit, Ungültigkeit** eines Verlöbniſſes, als deshalb, daß **nach deſſen Errichtung** Umſtände eingetreten ſind, derenwegen man nicht weiter an ſelbiges gebunden iſt, **geklagt** werden. Jenes geſchieht durch die **Querel des ungültigen Verlöbniſſes**, (querela nullitatis ſponſaliorum). Dieſes mittelſt der ſogenannten **Repudienklage**. — Zuvörderſt von der *querela nullitatis ſponſaliorum*, die mit der **Nichtigkeit** eines Verlöbniſſes zu begründen iſt.

Ein **nichtiges Eheverlöbniß** (nullitas ſponſaliorum) iſt dasjenige, **welches wegen gewiſſer Umſtände gleich anfänglich ungültig geſchloſſen worden.**

Wer ſich gültig verloben will, **der muß I) körperliche Tüchtigkeit zur Erfüllung der künftigen Ehezwecke, und II) moraliſche Fähigkeit, ſich verbindlich zu machen,** beſitzen q).

Vermöge des erſten Erforderniſſes müſſen die ſich verlobenden Perſonen mit der gehörigen **Zeugungsfähigkeit** verſehen ſeyn. Zur Zeugung ſchlechterdings un-

q) Schott §. 145.

unfähige Perſonen können daher kein gültiges Eheverlöbniß ſchließen, allenfalls nur in Hinſicht auf eine uneigentliche Ehe. Demjenigen aber, welcher gegründete Hoffnung hat, das Zeugungsvermögen noch zu erlangen, dem kan unter dieſer Vorausſetzung das Recht, ſich zu verloben, nicht abgeſprochen werden.

Die körperliche Tüchtigkeit der ſich verlobenden Perſonen macht jedoch allein ein Verlöbniß nicht gültig, ſondern ſie müſſen zweytens auch moraliſch fähig ſeyn, ſich verbindlich zu machen. Das heißt: ſie müſſen 1) nicht nur überhaupt die zur Schließung einer rechtlichen Verbindlichkeit erforderlichen Seelenkräfte, Verſtand und Willen, haben, ſondern es darf ihnen auch 2) beſonders zur Eingehung des Verlöbniſſes mit einer gewiſſen Perſon, an der nöthigen Freyheit der Einwilligung nicht fehlen, und ſie überdies 3) durch kein Geſetz ſich gültig zu verloben, behindert werden.

Was

I. diejenigen Perſonen betrift, die, ſich überhaupt verbindlich zu machen, unfähig ſind; ſo gehören dahin: 1) Unmündige r); 2) völlig Blödſinnige s); 3) Raſende t); 4) in der höchſten Trunken-

r) Das canoniſche Recht geſtattet indeß die Verlöbniſſe ſolcher Perſonen, wenn ſie durch Zuthun oder Einwilligung der Aeltern geſchloſſen worden. Sollen jedoch dergleichen Verlobniſſe verbindliche Kraft haben, ſo müſſen ſie von den Verlobten, nach erlangter Mündigkeit, genehmiget werden c. 4. 5. 7. 8. X. c. VII. in 6to de deſponſat. impub. c. 29. X. de ſponſalib.

s) Sogenannte einfältige Perſonen, können ſich verloben.

t) L. 16. §. 2. D. de nupt. c. 26. C. 32. qu. 7.

kenheit oder Zorn ſich befindende Perſonen v); 5) Taube und Stumme, die unverſtändig und ihre Willensmeinung zu erklären, unvermögend ſind x).

II. Wegen des Mangels der gehörigen Freyheit der Einwilligung, inſonderheit in Anſehung des Verlöbniſſes, ſind ungültig

A) die Verlöbniſſe, zu welchen eine Perſon gezwungen worden y). Nur muß der Zwingende würklicher ungerechter Gewalt, oder Drohungen großer und unvermeidlicher Uebel, ſich bedient haben, und die Furcht des Gezwungenen gerecht, und weder ſelbſt verſchuldet, noch eingebildet z) seyn. Uebrigens aber iſt es gleichviel, die Gewalt mag von dem Contrahenten, oder von einem Dritten herrühren a).

B) Verlöbniſſe, bey deren Eingehung man ſich geirret hat. — Soll behauptet werden können, daß ein Eheverlöbniß wegen Irrthums nichtig ſey, ſo iſt zwey-

v) c. 24. X. de ſponſalib.

x) Ein Anders iſt es, wenn ſie ſonſt verſtändig, und ihre Gedanken zu erkennen zu geben, im Stande ſind, c. 23. 25. X. de ſponſalibus. Nach der Praxis muß aber in Anſehung der Stummen die Erklärung des Eheconſenſes gerichtlich, und mit Zuziehung ſolcher Perſonen, die der Zeichen, deren ſich dieſelben, um ihre Gedanken auszudrücken, bedienen, vollkommen kundig ſind, erfolgen. Schott im angef. B. §. 87. Note ***).

y) L. 1. D. quod met. cauſſa. L. 2. 21. D. de ritu nuptiar. L. 14. C. de nupt. c. 14. 15. 28. X. de ſponſalib.

z) Dergleichen iſt die aus Ehrerbietung gegen eine gewiſſe Perſon entſpringende Furcht (*metus reverentialis*).

a) Schott, §. 88.

zweyerley vorauszuſetzen. Nämlich 1) daß der Irrende **nicht ſelbſt am Irrthum Schuld ſey**, und daß er ſich 2) in Anſehung **weſentlicher**, das heißt, **ſolcher Umſtände** geirret habe, **die, als ſtillſchweigende Bedingung vorausgeſetzt werden konnten**. Dergleichen Irrthum iſt derjenige, welcher in Anſehung entweder der Perſon ſelbſt, oder ihres freyen oder ehrlichen Standes, ingleichen ſolcher Eigenſchaften, die zum Ehezweck nothwendig erforderlich ſind, ſich ereignet hat; insbeſondere bey einem Mädchen der Mangel der Jungferſchaft b). Jeder andere Irrthum macht ein eingegangenes Verlöbniß nicht ungültig c).

C) Ein Verlöbniß, wobey ein, durch **Betrug** des einen Theils, veranlaßter Irrthum vorkömmt, iſt wegen dieſes Betrugs, wenn anders der betrügende Theil den andern durch falſche Vorſpiegelungen **thätig** hintergangen hat, nichtig. Hat er ſich hingegen ſchweigend verhalten, ſo kann nur in dem Fall, wenn der Betrogene in einen weſentlichen Irrthum gerathen iſt, das Verlöbniß als nichtig angefochten werden. Dies iſt auch Rechtens, wenn der Betrug nicht von dem Contrahenten, ſondern von einem Dritten herrührt d).

D) Verlöbniſſe, zu deren Schließung die Einwilligung eines Dritten erforderlich iſt, ſind wegen **Mangels ſothaner Einwilligung**, nichtig (§. 292).

III.

b. *Chriſt. Heinr. Breuning* diſſ. an defectus virginitatis declarationis nullitatis matrimonii concedat locum? Lipſiae 1776. Bey den Juden und andern Nationen fand ehedem die ſogenannte **Jungferſchaftsprobe** Statt, wovon *Gerhard* de conjugio, T. 1. §. 109. 114.

c) c. vn. Cauſ. 29. qu. 1.

d) Schott, §. 90.

III. Endlich haben die Geſetze gewiſſen Perſonen, beſonderer Urſachen und Verhältniſſe wegen, z. B. wegen allzunaher Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft, die Eingehung der Ehe unterſagt, welche Verbote überhaupt **Ehehinderniſſe** genennt werden. Dieſe ſind entweder **diſpenſabel**, das heißt, das Hinderniß kann durch Diſpenſation gehoben, und die Ehe zwiſchen den Perſonen, unter welchen ein ſolches Verhältniß obwaltet, zugelaſſen werden oder es findet in Anſehung derſelben keine Diſpenſation ſtatt. Im letztern Fall iſt ein eingegangenes Verlöbniß ungültig. Hingegen im erſten Fall, und wenn das Ehehinderniß ein **öffentliches, vernichtendes** iſt, kann ein Verlöbniß unter der Bedingung, **falls Diſpenſation ertheilt werden würde**, geſchloſſen werden. Bey **aufſchiebenden** Hinderniſſen iſt eine ſolche Bedingung nicht nöthig; hier braucht nur die Zeit abgewartet zu werden, nach deren Ablauf erſt die Schließung der ordentlichen Ehe erfolgen darf e). Z. B. ſo ſind die Ehen zwiſchen Chriſten und Juden, ſowohl nach römiſchem f) als canoniſchem g) Recht dergeſtalt verboten, daß die Obrigkeit eine ſolche eingegangene Ehe amtshalber zu trennen befugt iſt, das heißt: die Religionsverſchiedenheit in Anſehung ſolcher Perſonen macht ein **öffentliches, vernichtendes**, wiewohl nicht indiſpenſables Ehehinderniß aus. Geſetzt aber, es will gleichwohl ein Chriſt ein Judenmädchen heyrathen, ſo können ſie ſich zwar miteinander verloben, aber anderergeſtalt nicht, als unter der Bedingung: **wenn die Obrigkeit die Schließung der Ehe mittelſt Diſpenſation geſtat-**

e) Schott, §. 145.

f) L. 6. C. de Iudaeis.

g) c. 15. 16. 17. Cauſ. 28. qu. 1. c. 14. de haeretic. in 6to.

ſtatten wird. Erfolgt dieſe, ſo iſt das Eheverlöbniß gultig; im entgegengeſetzten Fall hat es keine Verbindlichkeit. So iſt ferner ſowohl im römiſchen Recht, als in verſchiedenen Landesgeſetzen, den Witwen eine gewiſſe Zeit vorgeſchrieben, binnen welcher ſie ſich nicht verheyrathen dürfen, welche die Trauerzeit genennt wird. Dieſe verurſacht aber nur ein aufſchiebendes Hinderniß; das heißt: nur ſo lange, als ſolches nicht gehoben, die vorgeſchriebene Zeit nicht verfloſſen iſt, darf ſich eine Wittwe nicht verheyrathen. Bey Eintretung ſolcher blos aufſchiebenden Hinderniſſe können ſich diejenigen Perſonen, welcher ſie entgegenſtehen, verloben, und ſie haben nicht nöthig, ſolches unter der vorgedachten Bedingung zu thun, ſondern ſie brauchen nur die Zeit abzuwarten bis das Ehehinderniß gehoben iſt, und die würkliche Vollziehung der Ehe erfolgen kann.

Endlich wird zuweilen ein mit allen, zur Schließung eines verbindlichen Eheverlöbniſſes, erforderlichen Eigenſchaften, errichtetes Eheverſprechen, dennoch für gleich anfänglich ungültig geſchloſſen angeſehen. In dem Falle nämlich, wenn es unter einer gewiſſen ehrbaren und möglichen h) Bedingung geſchloſſen, dieſe aber nicht exiſtent worden iſt i). Nur iſt vorauszuſetzen,

h) Z. B. die Bedingung: wenn die Braut einen gewiſſen Brautſchatz mitbringen kann, c. 3. X. de condit. appoſit. in deſponſat.; wenn der Bräutigam ein Amt erhalten wird. Moraliſch- und phyſiſch-unmögliche Bedingungen hingegen ſind der Ernſtlichkeit der Einwilligung entgegen, und der unter deren Vorausſetzung eingegangene Vertrag iſt nichtig. L 51. D. de oblig. et action. *Stryck* diſſ. de diſſenſu ſponſalitio, Sect. II. §. 12. Sect. IV. Cap. 1 §. 18.

i) Und wenn das bedingte Verlöbniß auch beſchworen worden ſeyn ſollte, c. un. §. 1. de ſponſal. in 6to.

ßen, daß ſich die Verlobten ſolche weder ausdrücklich noch ſtillſchweigend k) erlaſſen haben, auch daß ſie nicht ganz allein von der Willkühr des einen Verlobten abhängt l).

§. 300. — 302.

Der Kläger bey gegenwärtiger Nichtigkeitsklage iſt der Verlobte, welcher wegen Nichtigkeit des Verlöbniſſes, an ſolches nicht gebunden ſeyn will, er ſey der Bräutigam, oder die Braut.

Der Beklagte hingegen iſt der Verlobte, welcher von dem Verlöbniß nicht abgehen will.

Den Umſtand, welcher die Nichtigkeit des Verlöbniſſes bewürkt, hat der Kläger beſtimmt in der Klage anzugeben, und das Geſuch dahin, daß das Verlöbniß für null und nichtig erklärt werden möge, zu richten. Zugleich können der Mahlſchatz (arrha ſponſalitia) und die Verlöbnißgeſchenke (ſponſalitia largitas) zurückgefordert werden n).

§. 303.

Alles dasjenige, wodurch die Gültigkeit des Verlöbniſſes gerechtfertiget, und deſſen angebliche Nichtigkeit aus dem Wege geräumt werden kann, giebt wider die-

k) Wenn nämlich der eine Theil die Erfüllung der Bedingung bey dem andern hindert. L. 85. §. 7 D. de V. O. L. 161. D. de R. I.

l) Solche ſind unnütz. Schott, §. 153. Note **).

n) L. 134. D. de V. O. L. 5. C. de ſponſal. c. 17. X. de ſponſal. *Mevius* P. III. deciſ. 382. 383. *Wernher* P. I. obſ. 15.

die querela nullitatis ſponſaliorum eine Einrede ab. Wenn daher z. B.

1) die Nichtigkeit des Verlöbniſſes vom Kläger aus dem Grunde behauptet wird, daß die Beklagte keine Jungfer mehr ſey, wofür ſie ſich doch gleichwohl ausgegeben hätte; ſo kan dieſe vorſchützen: A) **daß Klägers Vorgeben ungegründet ſey** —, **er möge ſolches beweiſen.** Dieß muß er alsdenn, weil ſein Vorgeben auf einer Affirmation beruhet, denn es zeigt dem Sinne nach an, daß die Beklagte ſchon mit einer Mannsperſon zu thun gehabt habe. Dazu kömmt, daß die Jungferſchaft bey einem ledigen, noch nicht verheyrathet geweſenen Frauenzimmer, als vorhanden angenommen wird. Denn, daß ſie ſich ſchon mit einer Mannsperſon ſollte fleiſchlich vermiſcht, und dadurch ihre Jungferſchaft verlohren haben, wäre ein Verbrechen, welches man nicht vermuthet. B) **Daß Kläger, als er das Verlöbniß mit ihr eingegangen, bereits gewußt habe, daß ſie keine Jungfer mehr ſey.** Es habe ſie ein anderer geſchwächt, und Klägern ein Stück Geld verſprochen, wenn er ſie heyrathen würde, welches Kläger auch zufrieden geweſen o).

2) Wenn wegen **Mangels der freyen Einwilligung** das Verlöbniß als nichtig angefochten wird, als: wegen **Irrthums, Zwangs, Betrugs**; ſo kan der Beklagte einwenden, **daß Kläger das Verlöbniß hinterher ausdrücklich oder ſtillſchweigend genehmigt, und ſolches dadurch gültig gemacht habe** p). Soll jedoch dieſe Einrede von Würkung ſeyn, ſo muß derjenige Theil, bey dem vorher

o) *Stryck* in der angezogenen Diſſertation. Sect. II. §. 26.

p) c. 6. 21. X. de ſponſalib. c. 2. X. de eo, qui duxit in matrimon. c. 4. X. qui matrimon. accuſ. poſſ.

her Freyheit der Einwilligung mangelte, gewußt haben, daß er an das Eheverſprechen nicht gebunden ſey, und der Zwang oder Irrthum aufgehört haben q).

3) Gründet der klagende Theil die Nichtigkeit des Verlöbniſſes darauf, daß der Schließung der Ehe zwiſchen ihm und dem beklagten Theile, ein vernichtendes Ehehinderniß im Wege ſtehe, z. B. die allzunahe Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft, ein Verbrechen, oder die Religionsverſchiedenheit; ſo kan, wenn ein dergleichen Ehehinderniß im Grunde nicht obwaltet, ſolches der Beklagte exceptiviſch vorſchützen, da denn der Kläger deſſen Vorhandenſeyn zu erweiſen hat.

Sollte aber ein Ehehinderniß wirklich vorhanden, ſolches aber diſpenſabel ſeyn; ſo kan der Klage die Einrede: daß zuvörderſt um Diſpenſation nachzuſuchen, und abzuwarten ſey, ob ſolche erfolge, oder nicht, entgegen geſetzt werden.

Formular
einer Verlöbniß- Nichtigkeits- Klage (querela nullitatis ſponſaliorum).

P. P.

Unter des Fürſten L**, welcher ſeit dem Anfang des vergangenen Winters am hieſigen Hofe ſich aufhält, Gefolge, befindet ſich ein Menſch, der ſich Dornheim nennt, aus dem Kärnthiſchen gebürtig ſeyn will, und für des Fürſten Hofkomponiſten ſich ausgiebt, und mit welchem ich, nachdem ihn ein Freund mei-

q) Schott, §. 91. Note ***).

meines Vaters in unſer Haus eingeführt hatte, bekannt worden bin. Dieſer Menſch warb bey mir und meinem vor kurzem verſtorbenen Vater um meine Hand; er erhielt das Jawort, und ich wurde am 3ten März d. J. in Gegenwart meines Vaters, ingleichen des Herrn Probſtes N., und mehrerer meiner Verwandten, förmlich mit ihm verlobt, doch ſollte die Hochzeit erſt gegen das Ende dieſes Jahres, wenn ſein Herr, Fürſt L., von einer Reiſe nach England, die derſelbe in dieſem Sommer antreten, und auf welcher er ihm folgen müſſe, zurückgekommen ſeyn würde, vor ſich gehen.

Vor kurzem habe ich nun in ſichere Erfahrung gebracht, daß gedachter Menſch keineswegs Dornheim heißt, ſondern daß ſein eigentlicher Geſchlechtsnahme, Porpora; daß er aus dem Florentiniſchen gebürtig, und als Sänger bey der Kapelle des Fürſten L** angeſtellt iſt. Da ich mich nun nicht überwinden kann, einen Caſtrirten zum Manne zu nehmen, ſo habe ich gedachtem Porpora, der ſich dermalen mit dem Fürſten L** noch hier aufhält, nicht nur, daß er bey ſo bewandten Umſtänden auf meine Hand nicht mehr rechnen könne, ſondern auch, daß ein in königlichen Dienſten ſtehender junger Mann um meine Hand werbe, und ich ihm ſolche auch geben würde, zu erkennen gegeben; allein, ſo überzeugend die Beweiſe ſind, die ich ihm zugleich, daß er ein Kaſtrat ſey, vorgelegt habe, ſo behauptet er doch ſteif und feſt, dieſes ſey ungegründet, und drohet, bey Bekanntwerdung einer anderweit von mir eingegangenen Verbindung, mir gerichtlichen Einſpruch zu thun.

Da

Da nun aber den Rechten nach ein Verlöbniß, wenn ſich ein Theil ohne Schuld in einem, weſentliche Umſtände betreffenden Irrthum befunden hat, ungültig, und auf Seiten des Irrenden unverbindlich iſt, mithin das zwiſchen mir und mehrermeldetem Dornheim eingegangene Verlöbniß, in Rückſicht, daß ich denſelben aus einem mir nicht zur Schuld anzurechnenden Irrthum für eine zeugungsfähige Mannsperſon gehalten, er aber ein Caſtrat iſt, keine Gültigkeit haben, und mich verbinden kann, ſo ſehe ich mich, um Hinderniſſen, welche derſelbe der Verheyrathung, die ich mit obengedachtem jungen Mann einzugehen, entſchloſſen bin, in den Weg zu legen, ſich einfallen laſſen könnte, vorzubeugen, genöthiget, gegen oftserwähnten angeblichen Hofcomponiſten Dornheim Klage zu erheben, mit Bitte, nach erfolgter Einlaſſung auf ſelbige zu erkennen:

> daß das zwiſchen Klägerin und Beklagtem am 3ten März dieſes Jahrs geſchloſſene Verlöbniß null und nichtig, mithin für Klägerin unverbindlich, u. ſ. w.

Von der actione repudii, oder insgemein ſogenannten Repudienklage.

§. 304.

Der Grund dieſer Klage iſt eine gerechte Urſache, weshalb ein an ſich gültiges Verlöbniß wieder aufzuheben iſt. Die Aufhebung ſelbſt wird Repudium genennet, und kan überhaupt auf doppelte Art geſchehen:

A) aus freyer Einwilligung der beyderſeitigen Verlobten. Das Eheverlöbniß iſt ein Vertrag: gleichwie nun jeder Vertrag durch gegenſeitige freye Uebereinkunft der Paciſcenten wiederaufgehoben werden kann r); ſo findet dies auch bey dem Eheverlöbniß Statt s). Eben deßwegen bedürfte es eigentlich in einem ſolchen Fall keineswegs einer ehegerichtlichen Unterſuchung t); deſſen ungeachtet aber pflegen gleichwohl die Ehegerichte, zumal bey öffentlichen Verlöbniſſen, ſich Mühe zu geben, ob die abgehenden Verlobten nicht durch gütliche Ueberredungen von ihrem Vorſatze abzubringen ſind v), und in vielen herrſcht ſogar die unbillige Obſervanz, ſolche von einander abgehende Verlobte mit Einziehung der einander gemachten Brautgeſchenke, ja wohl gar wegen ihres Leichtſinnes, mit andern Strafen heimzuſuchen x).

B) durch einſeitige Aufſagung des Eheverſprechungs-Vertrags. Dieſe erfordert, der Regel nach, eine

r) §. vlt. I. Quib. mod. toll. oblig. L. 58. D. de pactis.

s) c. 2. X. de ſponſalib.

t) *Georg Frid. Deinlin* diſſ. de mutuo diſſenſu ſponſalitio ſolo absque conſiſtorii cognitione et auctoritate valido et efficaci. Altorfi 1708.

v) c. 7. 11. Diſt. 90. Schott, §. 155. Note **). *I. H. Boehmer* in conſil. et reſp. T. I. P. I. arg. 153.

x) Schott, a angef. O. *Wieſtner* in inſtitut. jur. canon. Lib. IV. Tit. I. art. 5 Num. 95. 121. *Berger* in Elect. proc. matrimon. §. 42. *Stryck* diſſ. de diſſenſu ſponſalitio. Sect. III. §. 36 ſqq (*Hochſtetter*) in compendio juris matrimonial. C. V. §. 4. Der unſchuldige Theil kan jedoch verlangen, daß der ſchuldige ihm den durch ſeine Schuld verlohren gegangenen Mahlſchatz nebſt den Unkoſten, erſetze. *Wernher* P. 1. obſ. 14.

eine rechtmäßige Urſache, und es kan dabey zweyerley zum Grunde liegen.

I. **Die Verletzung der Verlöbnißtreue.** Verlobte ſind einander eine gewiſſe Treue ſchuldig, und vermöge dieſer Treue verbunden, alles, was derſelben zuwider läuft, zu unterlaſſen. Im Gegentheil berechtigt jede Verletzung derſelben den beleidigten Theil, auf die Aufhebung des Eheverlöbniſſes zu klagen. Dahin gehört z. B., wenn ſich ein Verlobter mit einer andern Perſon anderweit verlobt; oder wenn er ein unzüchtiges Leben zu führen anfängt; oder wenn er heimlich in ein fremdes Land entweicht; oder wenn er zwey bis drey Jahre unbilligerweiſe anſtehen läßt, ohne zur Vollziehung der Ehe Anſtalt zu machen. Was den letztern Fall anlangt, ſo ſetzt das römiſche Recht eine zweyjährige Friſt in der Maaſe feſt, daß nach deren Ablauf dem zaudernden Theil der Vertrag wieder aufgekündiget werden kan y).

II. **Eine ſich ereignete Veränderung der Umſtände**; das heißt: daß ſich nach geſchloſſenem Eheverlöbniß auf Seiten des einen Verlobten eine ſolche wichtige Veränderung der Umſtände ereignet hat, die ihn, wenn er ſie hätte vorherſehen können, von der Schließung des Eheverlöbniſſes ſchlechterdings abgehalten haben würde. Es iſt jedoch immer hierbey vorauszuſetzen, **daß die entſtandene Veränderung einen Umſtand betreffe, welchen entweder die Natur des Eheverlöbniſſes, oder die ausdrückliche Verabredung der Verlobten, dergeſtalt weſentlich erfordert, daß ohne ihn das Eheverlöbniß wegfällt. Alle übrige Verhältniſſe eines oder des andern Theils kommen nicht in Betrachtung.**

y) L. 2. C. de ſponſalibus.

tung. In gewiſſen Fällen erlauben zwar die bürgerlichen Geſetze, nach einſeitigen Verhältniſſen, dem einen Theil, auch wider Willen des Andern, vom Vertrage abzugehen; allein dieſe Fälle ſind beſondere Verordnungen des bürgerlichen Rechts, und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen aus dem allgemeinen Grundſatze, oder der ſogenannten Clauſel: *rebus ſic ſtantibus*, anzuſehen z). Von den unzähligen Fällen, da, wegen Veränderung der Umſtände, ein Eheverlöbniß wieder aufzuheben, mögen nur einige zum Beyſpiel dienen. Dahin gehört:

1) wenn ein Theil ein ehrlos machendes Verbrechen begangen hat a).

2) wenn er mit einer Abſcheu erregenden Krankheit,

3) mit Raſerey,

4) mit Unvermögen zum Beyſchlaf, befallen wird, u. ſ. w. b).

Iſt

z) Als claſſiſch verdient über dieſe Materie die vortreffliche Abhandlung des Herrn Prof. Weber in ſeinem Buche von der natürlichen Verbindlichkeit, 3. Abtheil. S. 45. u. ff. nachgeleſen zu werden.

a) *Thomaſius*: an ob libellum famoſum ſint diſſolvenda ſponſalia. Lipſ. 1737. *Hommel* rhapſod. obſ. 400 *Pufendorf* in obſervat. jur. uniu. Tom. III. obſ. 166.

b) *Ad. Balth. Wernher* diſſ. de repudiorum cauſis praeſertim dubiis ſecundum jus naturae. Lipſ. 1693. *I. H. Boehmer* de probatis repudiorum cauſis. Halae 1718. und in I. E. P. Lib. IV Tit 1. §. 173. *Ern. Io. Frid. Manzel* diſſ. de diſſolutione nexus ſponſalitii atque conjugalis. Roſt. 1753. *Iac. Carmon* diſſ. de repudio propter errorem bonorum fortunae. Roſt. 1733.

Iſt hingegen keine ſolche rechtmäßige Urſache zur Aufhebung des Eheverlöbniſſes vorhanden, es will aber gleichwohl ein Theil, aus hartnäckiger Abneigung, von dem andern los ſeyn, ſo kann zwar, um unglücklichen Folgen, die gemeiniglich aus einer gezwungenen Ehe entſtehen, vorzubeugen, nach fruchtlos angewendeten Verſuchsmitteln, auf Trennung des Eheverlöbniſſes erkannt werden c): es hat aber der unſchuldige Theil in einem ſolchen Falle, wider den abgehenden, eine gegründete Satisfactionsklage, die einmal wegen der erlittenen Beſchimpfung eine Injurienklage iſt, hiernächſt aber zweytens in einer Entſchädigungsklage beſteht, indem ſich hier Intereſſe und deſſen ſchätzungsmäßiger Erſatz gedenken läſſet. Nur muß der abgehende Theil ſchon volljährig ſeyn: ſonſt kömmt ihm wider das Verlöbniß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu Statten d).

§. 305. — 307.

Der **Kläger** iſt hier der Verlobte, welcher die Aufhebung des Verlöbniſſes verlangt; — der **Beklagte** aber der, welcher ſich ſothaner Aufhebung widerſetzet.

Die Urſache, weßhalb die Aufhebung des Verlöbniſſes verlangt wird, hat der Kläger ausführlich im Klagſchreiben anzugeben.

Das Geſuch beſteht theils in einem **Haupt-** theils in einem **Nebengeſuche**. **Jenes** wird darauf ge-

c) *Iac. Carl Spener* diſſ. de jure repudiorum, imprimis ex implacabilis odii cauſſa. Vitembergae, 1727. Schott, §. 156.

d) *I. H. Boehmer* diſſ. de reſtitutione in integrum contra ſponſalia pura minorum Halae 1722.

gerichtet: daß das geſchloſſene Verlöbniß wieder aufgehoben werden möge. Ein Nebengeſuch iſt, wenn Kläger bittet: ihm zu verſtatten, daß er ſich anderweit verloben dürfe. Letzteres iſt deßwegen nützlich, damit aller Zweifel deshalb gehoben werde, und Jedermann daraus abnehmen könne, daß Kläger bey der Trennung des Verlöbniſſes unſchuldig geweſen. Auch die Bitte um Wiederherausgabe des Mahlſchatzes und der Verlöbnißgeſchenke e) gehört zum Nebengeſuche, obgleich ſelbige insgemein vergeblich iſt; denn es pflegen ſich, wie oben gedacht, die Conſiſtorien und Ehegerichte, dieſe Sachen zu Gemüthe zu führen, und dem Kläger das leere Nachſehen zu laſſen.

§. 308.

Wider die Repudienklage kan alles das zur Einrede gebraucht werden, wodurch des Klägers angegebene Urſache zur Trennung des Verlöbniſſes, entkräftet wird. Zum Beyſpiel:

1) **daß man ſich wieder verſöhnt habe.** Dieſe Einrede ſetzt voraus, daß vom Kläger eine Todfeindſchaft zur Urſache der Verlöbnißtrennung angeführt worden.

2) **daß Kläger ein gleiches Verbrechen begangen.** Z. B. der Kläger hat den Grund ſeiner Klage darauf geſetzt, daß Beklagte nach geſchloſſenem Verlöbniſſe, mit andern Mannsperſonen unzüchtig zu thun ge-

e) Nach römiſchem Rechte kan der Kläger auch des ſchuldigen Theils, des Beklagten, Mahlſchatz, welchen dieſer ihm gegeben, behalten. L. 5. §. 1. C de Sponſalibus. Allein nach der gedachten Obſervanz der Conſiſtorien und Ehegerichte, muß er ſolchen an letztere abliefern.

gehabt habe; ſie excipirt aber: er habe es mit andern Weibsperſonen nicht beſſer gemacht. Hier tritt die Regel ein: *paria delicta mutua compenſatione diſſolvuntur.*

3) daß der Fehler, weshalb Kläger die Wiederaufhebung des Verlöbniſſes verlange, bereits vor geſchloſſenem Verlöbniſſe vorhanden geweſen ſey, und Kläger ſolchen gewußt habe. Z. B. der Bräutigam ſucht die Trennung des Verlöbniſſes aus dem Grunde, weil die Braut, nach ſelbigem, mit einem übel riechenden Athem befallen worden; dieſe aber ſpricht: ſie habe dieſen Fehler ſchon vor dem Verlöbniſſe an ſich gehabt, und Kläger darum gewußt.

Von den Klagen, welche ihre Beziehung auf den bereits errichteten ehelichen Zuſtand haben.

§. 309.

Bisher iſt von den Klagen gehandelt worden, welche des nur erſt zugeſagten ehelichen Zuſtandes, oder der Verlöbniſſe wegen, Platz greifen. Nunmehro folgen diejenigen, die ſich auf den bereits errichteten ehelichen Zuſtand beziehen. Dieſe ſind theils petitoriſche, theils poſſeſſoriſche, wovon jene ſich folgendergeſtalt claſſificiren laſſen. Ein Streit, der ſich auf einen bereits errichteten ehelichen Zuſtand bezieht, betrifft entweder die Frage: ob Jemand eines Andern Ehegatte ſey, oder nicht ſey? oder er betrifft etwas anders. Im erſtern Fall iſt eine Präjudicialklage die *actio praejudicialis de ſtatu conjugali*, (die eheliche

Zu-

Zuſtandsklage), die, wie alle Klagen dieſer Art, entweder bejahend oder verneinend iſt, anzuſtellen, von welcher gleich in den folgenden Paragraphen (§. 310—319) gehandelt wird. **Betrift** hingegen der **Streit etwas Anders**, ſo kann deſſen Gegenſtand überhaupt wieder zweyerley ſeyn. **Einmal**, der Umſtand, daß ein Ehegatte des Andern Ehegatte nicht länger ſeyn will, oder daß er wenigſtens eine Suspenſion der auf den Zweck der Ehe, das iſt auf den Beyſchlaf und auf das Beyſammenwohnen ſich beziehenden Rechte und Pflichten, verlangt; oder es iſt **zweytens** nur von **gewiſſen** ſtrittigen, es ſey nun die Perſon, oder die Güter der Eheleute betreffenden **Rechten in Anſehung des ehelichen Zuſtandes**, die Rede. Die wegen jenes Streitpunktes Statt findenden Klagen werden §. 320. angezeigt, und nach einander bis zum §. 340 abgehandelt. Die wegen des **letztern** aber ſind §. 341 namhaft gemacht, und ihre Abhandlung folgt §. 342 — 364. Endlich machen die **poſſeſſoriſchen** Klagen, die ſich auf den errichteten ehelichen Zuſtand beziehen, §. 365. den Beſchluß.

Von
der actione praeiudiciali de ſtatu coniugali, ſowohl affirmativa als negativa.

§. 310—319.

Die Klage, wobey die Erörterung der Frage: **ob Jemand eines andern Ehegatte** ſey, **oder nicht** ſey? den Gegenſtand des Streits ausmacht, iſt die **Präjudicialklage** de ſtatu conjugali. Sie iſt, wie alle Präjudicialklagen, entweder **bejahend** oder **verneinend**, jenachdem man zu den Rechten des ehelichen

Zu-

Zuſtandes gelangen, oder von den Verbindlichkeiten deſſelben frey ſeyn will. Jene iſt anzuſtellen, wenn man **ſich nicht im Beſitz der Rechte des ehelichen Zuſtandes befindet.** Denn wäre man im Beſitz, ſo kan man ſich deßhalb des remedii poſſeſſorii retinendae poſſeſſionis bedienen, da man denn im Beſitz ſo lange geſchützt werden muß, bis der Gegentheil in petitorio, durch die actionem praejudicialem *negativam contrariam* ein Anders ausgeführt hat.

So hat man im Gegentheil die verneinende eheliche Zuſtandsklage auch nur dann anzuſtellen nöthig, **wenn man ſich nicht im Beſitz der Befreyung von den Verbindlichkeiten des ehelichen Zuſtandes, befindet.** Denn wer im Beſitz ſothaner Befreyung iſt, dem kömmt das poſſeſſorium retinendae poſſeſſionis ſo lange zu ſtatten, bis ſein Gegner in petitorio, durch die actionem praejudicialem *affirmativam contrariam* ein Anders ausgeführt hat.

§. 320.

Es folgen nun diejenigen auf den bereits errichteten ehelichen Zuſtand ſich beziehenden Klagen, bey welchen der Streitpunkt nicht die Frage: ob Jemand eines Andern Ehegatte ſey, oder nicht ſey? ſondern etwas anders betrift; und zwar zuvörderſt diejenigen, welche in die §. 309 angezeigte erſte Claſſe derſelben gehören.

Eine ſolche Klage hat **entweder** den Endzweck, daß eine **nichtige** Ehe für eine ſolche erklärt, oder daß eine **gültige** Ehe aufgehoben, getrennt werden ſoll. Iſt das **erſtere**, ſo heißt die Klage, **die eheliche Nullitäts- oder die Ehenichtigkeitsklage.** Im letz-

letztern Fall aber iſt die Abſicht einer ſolchen Klage, entweder daß eine an ſich gültige Ehe gänzlich aufgehoben, oder daß nur die ehelichen Rechte und Pflichten in Anſehung des Beyſchlafs und des Beyſammenwohnens, einſtweilen ſuſpendirt, die Ehe ſelbſt aber, ſo wie ihre übrigen Wirkungen, fortdauern ſollen.

Die letztere Klage heißt die Sävitienklage. Die erſtere kan die Eheſcheidungsklage im weitern Sinn genennt werden, und iſt von doppelter Gattung, entweder Deſertionsklage, oder Divortien-Eheſcheidungsklage im engern Sinn; je nachdem die Aufhebung der Ehe wegen böslicher Verlaſſung eines Ehegatten, dadurch beabſichtiget wird, oder nicht.

Von der actione nullitatis matrimonii, oder Ehenichtigkeitsklage.

§. 321.

Der Grund dieſer Klage iſt eine nichtige, das iſt eine ſolche Ehe (matrimonium nullum), welche gleich anfänglich ungültig geſchloſſen worden.

Die Nichtigkeit einer Ehe iſt aber von zweyerley Art. Sie iſt entweder ſo beſchaffen, daß die Ehe, auch ohne Nachſuchen der Verehelichten, von der Obrigkeit Amtshalber getrennt werden kan; oder ſie iſt von der Beſchaffenheit, daß die Ehe auf Anſuchen der Verehelichten nur aufzuheben iſt. Jene heißt eine abſolute Nichtigkeit (nullitas matrimonii *abſoluta*), dieſe aber

eine reſpectiviſche Nichtigkeit (nullitas matrimonii *reſpectiva*).

Jede Nichtigkeit entſteht überhaupt aus einem vernichtenden Ehehinderniß (impedimentum matrimonii *dirimens*), das heißt, aus einer ſolchen Urſache, weshalb eine Ehe als wahre Ehe ſchlechterdings nicht beſtehen kann f). Insbeſondere aber gründet ſich die abſolute Nichtigkeit auf ein poſitives, öffentliches Hinderniß, das heißt, auf eine beſonders beſtimmte geſetzliche Urſache wegen welcher gewiſſen ſonſt ehefähigen Perſonen, die Ehe entweder überhaupt, oder nur in Anſehung gewiſſer Perſonen, dergeſtalt unterſagt iſt, daß ſie, wenn ſie gleichwohl, ohne Vergünſtigung des Geſetzgebers, — das heißt ohne Diſpenſation, unter der Vorausſetzung, daß jene Urſache diſpenſabel iſt —, eingegangen wird, von der Obrigkeit Amtshalber für nichtig erklärt werden kann, geſetzt auch, daß die Eheleute ſelbige als nichtig nicht anfechten ſollten. Eine ſolche Ehe kan für nichtig erklärt werden, wenn nämlich der Geſetzgeber die Umſtände ſo beſchaffen findet, daß er die Ehe, vermöge einer zu erthei-

f) *Th. Neſti* de dirimentibus matrimonium impedimentis; ed Mch. Stasius. Neap. 1786. *Pt. Ios. Weber* diſſ. de impedimentis matrimonium dirimentibus. Aug. Trevir 1788 *Gerhard* de conjug. §. 290. *Carpzov* in jurisprud. conſiſtor. P. II. def 76. num. 4 def. 92. n. 8. def. 109. *Wernher* P. I obſ. 258. *Boehmer* I. E P. Lib. IV. Tit. 14. §. 49. ſqq. *G. L. Boehmer* in princ. jur. can. §. 398 *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1218. 1260. Ob in den in der h. Schrift nicht ausdrücklich verbotenen Fällen die Diſpenſation Statt finde, iſt ſehr ſtrittig. Die bejahende Meinung ſcheint indeſſen die richtigere. Schott, 133.

theilenden Diſpenſation zu geſtatten, nicht für rathſam hält. Die Nichtigkeitserklärung muß aber nicht allezeit geſchehen, ſondern dies iſt nur der Fall bey der Polygamie, und wenn Eheleute in einem ſolchen Grade der Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft miteinander ſtehen, welcher in der Bibel ausdrücklich verboten iſt, indem in dieſen Fällen nach der gemeinen Meinung der Rechtslehrer keine Diſpenſation Statt findet. In Anſehung ſolcher Eheverbote hingegen, die ihren Grund allein im römiſchen oder canoniſchen Rechte haben, iſt die Diſpenſation keinem Zweifel unterworfen, weil der Geſetzgeber die Verbindlichkeit poſitiver Geſetze nachlaſſen kann g).

Die reſpectiviſche **Nichtigkeit** der Ehe hingegen entſpringt aus einem **natürlichen Ehehinderniſſe**, das iſt: ſie ſetzt den Mangel eines **natürlichen Eheerforderniſſes** voraus. Ein **natürliches Eheerforderniß** begreift die körperliche und moraliſche Fähigkeit zur Erfüllung der Ehezwecke, und alle natürliche Ehehinderniſſe ſind **Privathinderniſſe**, das heißt: **ſie beziehen ſich lediglich auf das Privatintereſſe der ſich verheyrathenden, oder dritter Perſonen, und geben nur dieſen, wegen ihrer gekränkten Rechte ein Recht, die Ehe als nichtig anzufechten** h). Wenn daher dieſe Perſonen ihrem Klagrecht ausdrücklich oder ſtillſchweigend entſagen, ſo beſteht die Ehe, und die Obrigkeit hat kein Recht, ſie als nichtig aufzuheben.

Nach Vorausſchickung dieſer allgemeinen Grundſätze, ſind nun die einzelnen Ehenichtigkeitsurſachen kennen

g) Schott a. a. O.

h) c. 21. X. de ſponſal. et matrim. c. 2. X. de eo qui duxit in matrimonium. Schott §. 76.

nen zu lernen. Was die abſoluten Ehenichtigkeitsurſachen betrift, ſo gründen ſich ſelbige, wie gedacht, auf poſitive Eheverbote, und dieſe beziehen ſich wieder auf vier Gegenſtände i)

I. auf gewiſſe Verbrechen;

II. auf Religionsverhältniſſe;

III. auf gewiſſe beſondere bürgerliche Verhältniſſe;

IV. auf die Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft;

I. Wegen Verbrechen iſt verboten:

1) die Polygamie, d. i. eine zwiſchen mehreren Perſonen zugleich ehelich eingegangene Verbindung k).

2) Die Ehe zwiſchen Perſonen, die vorher mit einander Ehebruch getrieben haben. Jedoch nach dem neuern canoniſchen Recht l), welches in Praxi befolgt wird, nur in zwey Fällen; nämlich, wenn entweder der ehebrecheriſche Ehegatte, noch bey Lebzeiten ſeines unſchuldigen Gatten, dem Mitverbrecher die Ehe verſprochen, oder wenn derſelbe

i) Schott, §. 95.

k) Math. 19, 1. Timoth. 3, 2. 12. §. 6. I. de nuptiis. L. 2. C. de inc. nupt. c. 19. . de ſponſal. c. 4. 5. X de eo qui dux. in matrim. c. 2. X. de ſec. nupt. c. 2. 3. 4. X. de ſponſa duor.

l) c. 1. 3. 6. X. de eo qui dux. in matrim. *Brunnemann* in jure eccleſ. Lib. II. cap. 16. *Carpzov* in jurispr. conſiſt. Lib. II. def. 16.

be dem unſchuldigen Gatten nach dem Leben getrachtet hat m).

3) Die Ehe zwiſchen dem Entführer und der Entführten n). Nach dem neuern canoniſchen Recht o) aber iſt eine ſolche Ehe zugelaſſen, wenn die Entführte in der Folge ihre Einwilligung ganz frey in dieſe Ehe erklärt.

II. Wegen Religionsverhältniſſen ſind die Ehen verboten

1) denjenigen Perſonen, welche das feyerliche Gelübde der Keuſchheit auf ſich haben. Dergleichen ſind in der katholiſchen Kirche ſowohl Kloſtergeiſtliche, — Mönche und Nonnen p), als Weltprieſter q). Die Proteſtanten haben dieſes Eheverbot nicht r). Es ſind zwar die proteſtantiſchen Ritter vom deutſchen Or-

m) Das römiſche und ältere canoniſche Recht verbietet ſolche Ehen ohne Unterſchied L. 26 D. de ritu nuptiar. L. 27. C. ad L. Iul. de adulter, Nov. 134. c. 12. c. 1. Cauſ. 31. qu. 1.

n) L. un. §. 1. C. de rapt. virg. c. 11. Cauſ 36. qu. 2.

o) c. 6 7. X de raptor. *Conc. Trident* Seſſ XXIV. de reformat. matrim c 6. *Ioh. Eberh. Rau*, Examen jur. canon. et praxis fori eccleſ. proteſt. in cauſa raptus, Arnh. 1753.

p) L. 44 C de epiſcop. et cleric. Nov. 5. cap. 1. §. 8. c. vn. de voto et voti redemtione, in 6to. Unter den erſten chriſtlichen Kaiſern war ſolchen Perſonen die Ehe nicht verboten; L. 2. §. 4. C de epiſc. et cleric.

q) c. 1. 2. X. qui clerici vel vov. matrim. *Concil. Trident.* Seſs. XXIV. cap. 6. 9.

r) Wegen der bibliſchen Stellen: 1. Timoth. Cap. 3. v. 2. Cap. 4. v. 3. Epiſtel an den Titum, Cap. 1. v. 6.

Orden s), ingleichen die Stiftsdamen dieſer Religion t) verbunden, ehelos zu ſeyn: bey dieſen Perſonen macht aber dieſe Verbindlichkeit kein vernichtendes Ehehinderniß aus.

2) zwiſchen **Chriſten** und **Nichtchriſten** v).

III. Wegen **beſonderer bürgerlichen Verhältniſſe** verbietet das römiſche Recht die Ehen:

1) zwiſchen **Bürgern** und **Fremden** x),

2)

s) Inſtrum. Pac. Oſnabrug. art. V. §. 16.

t) Weil bey ihnen die Verheyrathung den Verluſt der Stiftsſtelle nach ſich ziehen würde. Anders verhält es ſich mit den Domherren in evangeliſchen Stiftern; dieſe können mit Beybehaltung ihrer Stelle und Pfründen heyrathen. *Boehmer* in jure eccl. prot. Lib. III. Tit. 3. §. 22. ſqq. Schott §. 96. not. *****.

v) Schon das römiſche Recht verbietet die Ehen zwiſchen Chriſten und Juden. L 6 C de Iudaeis. Das canoniſche Recht aber unterſagt überhaupt den Rechtgläubigen die Ehe mit Unglaubigen (infideles) unter welchen letztern jedoch nur ungetaufte Perſonen verſtanden werden, c. 15 16. 17. Cauſ. 28. Qu. 1. C. 14. de haereticis, in 6to. Bey uns in Deutſchland ſind die Ehen zwiſchen Katholiken und Proteſtanten gültige Ehen, die alle rechtliche Würkungen hervorbringen. Inſtrum. Pac. Oſnabr. Art. V. §. 34. *Frid. Bened. Carpzov.* diſſ. I. II de eo quod juſtum et conſultum eſt circa nuptias perſonarum diverſae religionis. Vitemb. 1735. *Ge. Chriſt. Breitenbach*, diſſ. de matrimonio allophylorum, ſ. perſonarum diverſae religionis. Giſſae 1740. *Iac. Wilh. Feuerlin* diſſ. de prohibitione matrimonii cum infidelibus. Altorf. 1755.

x) Ein Bürger konnte zwar mit einer Fremden ſich verheyrathen; eine ſolche Ehe aber hieß weder nuptiae, noch connu-

2) zwiſchen Freyen und Sclaven y),

3) zwiſchen Freygebohrnen und Ehrloſen z),

4) zwiſchen den Statthaltern in den Provinzen, ingleichen deren Kindern, auch andern Staatsbedienten in ſelbigen, während ihres Amts, mit Perſonen in den Provinzen a).

5) zwiſchen dem Vormund, ingleichen deſſen unter ſeiner väterlichen Gewalt befindlichem Sohne, mit der Pflegbefohlnen, ſo lange als Erſterer die Vormundſchaftsrechnung noch nicht abgelegt hat b).

Keins von dieſen Verboten iſt heut zu Tage noch anwendbar. Das Verbot der Ehe zwiſchen Bürgern und

nubium, ſondern *matrimonium*, und hatte die Würkungen des connubii nicht.

y) pr. I. de nupt. L. 56. D. Solut. matrim. Es konnten zwar ſolche Perſonen mit einander verbunden werden; allein dieſe Verbindung hieß ebenfalls nicht nuptiae, auch nicht connubium, ſondern *contubernium*, und die Rechte des connubii ceſſirten.

z) Unter Ehrloſen verſtand man in dieſer Rückſicht, 1) ſolche, die ſich öffentlich Preiß gegeben hatten; 2) von einem Hurenwirth losgelaſſene Sclavinnen; 3) des Ehebruchs Ueberwieſene; 4) durch ein öffentliches Volksgericht Verurtheilte. L. 43. D. de ritu nuptiar. L. 23. C. de nupt. Nov. 78. c. 3.

a) L. 38. L. 57. L. 63. L. 65. D. de ritu nupt. L. 6. C. de nupt. L. un. C. Si rector provinciae etc. *Zachar. Huberi* diſſ. de matrimonio feminarum provincialium illicito cum praefectis militum, ad L. 63. D. de ritu nuptiar. in deſſen Diſſert. Tom. I.

b) L. 15. D. de ſponſalib. L. 59. 60. 64. 66. 67. de ritu nupt. L. 1. C. de interd. matr. *Chriſt. Hein. Breuning* diſſ. de tutore ſponſo pupillae. Lipſ. 1769.

und Fremden, fällt gänzlich weg, weil bey uns diejenigen Verhältniſſe, welche die Römer dabey in Rückſicht nahmen, nicht mehr Statt finden. Das Nämliche gilt von dem Verbot der Ehe zwiſchen Freyen und Sclaven, in Bezug auf unſere Leibeigenen, und zwiſchen Freygebohrnen und Ehrloſen. Auch läßt ſich nicht behaupten, daß ein Staatsminiſter, ein Geſandter u. ſ. w. in unſern Zeiten, ohne Erlaubniß ſeines Herrn keine gültige Ehe ſchließen könne c).

So fällt auch das Verbot der Ehe zwiſchen dem Vormund uud ſeiner Pflegbefohlnen, vor abgelegter Vormundſchaftsrechnung hinweg, da nach deutſchen Rechten, in der Regel, die Vormundſchaftsrechnungen alle Jahre abzulegen ſind d).

Endlich iſt

IV. manchen Perſonen wegen allzunaher **Verwandſchaft** oder **Schwägerſchaft**, die Ehe verboten, und dieſes Hinderniß iſt unter allen Ehehinderniſſen das wichtigſte. Wir befaſſen uns jedoch nicht damit, die mannichfaltigen Fälle, die ſich in Anſehung des Verhältniſſes der Verwandſchaft und Schwägerſchaft denken laſſen, zu entwickeln. Dieſe Entwickelung würde eine Vorausſchickung der Begriffe von der Verwandſchaft und Schwägerſchaft, ferner der Lehre von der Berechnung der Verwandſchaftsgrade, und eine Auseinanderſetzung der Verſchiedenheit, die zwiſchen dem moſaiſchen, römiſchen und canoniſchen Rechte, in Anſehung der Eheverbote wegen verwandſchaftlicher oder ſchwägerſchaftlicher Verhältniſſe, herrſchet, erfor-

c) Schott, §. 102.

d) Schott, §. 103.

erfordern, welche uns zu weit führen würde e). Wir begnügen uns blos mit einer Anzeige der in der heiligen Schrift gegründeten Eheverbote, weil nach der gemeinen Meinung keins dieſer Verbote durch Diſpenſation gehoben werden kann f), und ſolche eine unfehlbare Nichtigkeit der Ehe bewirken.

I. Wegen **Blutsverwandſchaft** ſind verboten die Ehen:

1) zwiſchen **Aeltern und Kindern**, oder **Enkeln**,

2) zwiſchen **Geſchwiſtern**; ohne Unterſchied, ob es vollbürtige oder Halbgeſchwiſter ſind,

3) mit des **Vaters Schweſter** und mit der **Mutter Schweſter** g).

II. Wegen der **Schwägerſchaft** ſind folgende Ehen verboten:

1) mit der **Stiefmutter** h),

2)

e) Wir verweiſen deshalb auf die Lehrbücher der Inſtitutionen und Pandecten, ingleichen auf die Schriftſteller über das Eherecht. Unter den letztern handelt ausführlich von dieſer Materie, Schott, im Eherecht, §. 109. u. ff.

f) *I. H. Boehmer* in jure eccl. prot. Lib. IV. Tit. 14. §. 49. ſqq. *G. L. Boehmer* in princ. jur. can. §. 398. *Carpzov* in juriſpr. conſiſt. P. II. def. 76. n. 4. def. 92. n. 8. *Wernher* in ſel. obſ. for. P. I. obſ. 258. Joh. Joach. Müller's Diſpenſationsrecht in verbotenen Ehen, Cap. 4. §. 1. u. a. m. — Man ſehe jedoch Schott im ang. Buche, §. 133.

g) 3. B. Moſe 18, 7. 9. 10. 11. 12, 13. 20, 17. 19.

h) 3. B. Moſe 18, 8.

2) mit des lebenden Weibes Mutter i),

3) mit der Schwiegertochter k),

4) mit der Stieftochter l),

5) mit der Stiefenkelin m),

6) mit des Vaters Bruders Weibe n),

7) mit des Bruders Weibe o). Doch nicht ſchlechterdings p).

8) mit des lebenden Weibes Schweſter q).

Die reſpektiviſchen Ehenichtigkeitsurſachen entſpringen theils aus dem Mangel der freyen Einwilligung, theils aus dem Unvermögen zum Beyſchlaf.

Diejenigen Urſachen, welche wegen des Mangels der freyen Einwilligung, die Nichtigkeit der Eheverlöbniſſe begründen, und oben (§. 299) umſtändlich angeführt worden ſind, ſtehen auch der Gültigkeit der Ehe ſelbſt im Wege, daher würde es überflüſſig ſeyn, ſolche nochmals hier aufzuſtellen.

Was aber das Unvermögen zum Beyſchlaf, als reſpektiviſche Ehenichtigkeitsurſache betrach-

i) 3. B. Moſe 18, 17.
k) 3. B. Moſe 18, 12.
l) 3. B. Moſe 18, 17.
m) 3. B. Moſe 18, 17.
n) 3. B. Moſe 18, 14.
o) 3. B. Moſe 18, 16.
p) 5. B. Moſe 25, 5.
q) 3. B. Moſe 18. 18.

trachtet r), anbetrift, ſo iſt ſolches eine dergleichen Ehenichtigkeitsurſache nur unter einer dreyfachen Vorausſetzung:

1) Muß dieſes Unvermögen vor Eingehung der Ehe vorhanden geweſen ſeyn. Iſt es während der Ehe entſtanden, ſo gehört es, der Regel nach, unter die von den Ehegatten zu tragenden Unglücksfälle s); nur muß der Ehegatte, welcher damit befallen wird, ſich ſolches nicht ſelbſt vorſätzlicherweiſe zugezogen haben.

2) Muß es der andere Ehegatte nicht vorher gewußt haben.

3) Muß es auch unheilbar ſeyn. Kan es durch Heilmittel gehoben werden, ſo muß der unvermögende Ehegatte ſich einer Kur unterziehen.

Ein ſolches Unvermögen berechtigt nun zwar, wenn es gehörig erwieſen iſt t), den andern Gatten, auf

r) *Ioh. Georg Simon* brevis defin. impotentiae. *Ioh. Iod. Beck* diſſ. de conjugalis debiti praeſtatione. Alt. 1706. *Chriſt. Gothofr. Gruner* diſſ. de cauſis impotentiae in ſexu potiori. Ienae 1774.

s) c. 25. Cauſ. 32. qu. 7.

t) Dieſer Beweiß läßt ſich anderergeſtalt nicht, als durch eine von Sachverſtändigen anzuſtellende Beſichtigung führen. Schwierigkeit hat nun ſolche zwar nicht bey Verſchnittenen, und an den Zeugungsgliedern verſtümmelten Perſonen, wohl aber bey ſolchen, an denen ſich äuſſerlich kein Zeichen der Unvermögenheit entdecken läſſet. Hier kömmt alles auf das Urtheil der Kunſtverſtändigen, nach geſchehener Beſichtigung an. Geben dieſe an, daß ein wirkliches Unvermögen vorhanden ſey; unterſtützen ſie dieſes Urtheil mit hinlänglichen Gründen; ſo iſt die Ehe für nichtig zu erklären, und der klagende Theil hat die Freyheit, eine andere Ehe einzugehen, nur

auf die Nichtigkeitserklärung der Ehe zu klagen v), derſelbe kann aber dieſem ſeinem Rechte ausdrücklich oder ſtillſchweigend x) entſagen, und die Ehe fortſetzen. Mithin haben weder dritte Perſonen das Recht, ein ſolches Unvermögen anzuzeigen, noch iſt der Richter, Amtshalber eine ſolche Ehe zu trennen, berechtiget y).

§.

nur muß der des Unvermögens Beſchuldigte nicht widerſprechen. Fällt aber das Urtheil der Sachverſtändigen zweifelhaft aus, oder der angeblich unvermögende Ehegatte widerſpricht der behaupteten Unvermögenheit, ſo muß eine anderweite Beſichtigung geſchehen. Wird durch dieſe das Unvermögen außer Zweifel geſetzt, ſo hat die Nichtigkeitserklärung Statt. Im Gegentheil müſſen ſich die Eheleute zu der geſetzlich vorgeſchriebenen dreyjährigen Probe bequemen. Behauptet nun, nach Ablauf dieſer Probezeit, der klagende Ehegatte noch immer das Unvermögen des Andern, ſo wird die Sache durch den Eyd entſchieden. Und zwar durch den Erfüllungseyd des Klägers allein, wenn der Beklagte noch immer widerſpricht; bey deſſen Nichtwiderſprechen aber, durch den Eyd beyder Theile. *Boehmer* I. E. P. Lib. IV. Tit. 15. §. 34. Schott §. 83.

v) c. 1. 2. 3. X. de frigidis.

x) Für eine ſolche ſtillſchweigende Entſagung wird angenommen, wenn er das Unvermögen gewußt, und dennoch die Ehe eingegangen hat. Die Meinung einiger Rechtslehrer, welche das für eine ſtillſchweigende Entſagung halten, wenn der unſchuldige Ehegatte in den erſten drey Monaten nach eingegangener Ehe ſich, wegen des Unvermögens des andern nicht beſchwert habe, läßt ſich aus dem cap. 1. und 5. X. de frigidis et malefic., welches man für ſolche anzieht, nicht beweiſen. Dieſe Meinung hegen *Wernher* P. III. obſ. 56. und *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1261.

y) c. 4. X. de frigid. et malefic. c. 4. X. Qui matrimon. accuſ. poſſ. Gleichwohl behaupten viele das Gegentheil; z. B. *Gerhard* de conjugio. Tom. II. §. 660. und *Wernher*

§. 322. – 324.

Der Kläger bey gegenwärtiger Ehenichtigkeitsklage iſt derjenige Ehegatte, welcher die Ehe nicht länger fortſetzen will, und deswegen ſolche für ungültig zu erklären nachſuchet.

Der Beklagte iſt derjenige, wider welchen der Kläger die Ehenichtigkeitserklärung ſuchet.

Die Ehenichtigkeitsurſache iſt in der Klage genau anzuführen, und im Leugnungsfall auch zu erweiſen.

Das Geſuch iſt: in den Rechten zu erkennen, daß die Ehe zu Recht nicht beſtändig, und alſo hinwiederum zu caſſiren. Manche pflegen auch noch hinzuzuſetzen: und aufzuheben, nichtweniger Klägern, daß er ſich anderweit verheyrathen dürfe, nachzulaſſen. Allein

1) das Wort: aufheben, iſt hier unſchicklich, indem es etwas gültiges vorausſetzt, daß nämlich die Ehe vorher gültig geweſen. Daher dürfte es ſcheinen, es wäre die Divortienklage angeſtellt worden, welche doch von der Nullitätsklage gar ſehr verſchieden iſt, und ganz anders begründet werden muß.

2) Die Bitte um anderweit zu geſtattende Verheyrathung, kann auch gar füglich wegbleiben. Denn wenn eine Ehe für null und nichtig erklärt wird, ſo iſt keine würkliche Ehe vorhanden, geweſen, mithin nicht ab-

her P. III. obſ. 39. Nach römiſchem Recht iſt die Ehe mit einem Caſtraten nicht allein nichtig, ſondern auch deren Caſſation vom Richter Amtswegen zu bewirken. L. 30. D. de jure dotium. L. 39. D. de ritu nuptiar. Nov. Leon. 98.

abzuſehen, warum der Kläger nicht anderweit auf eine gültige Art ſich ſollte verehelichen können. Damit jedoch bey einer anderweiten Verehelichung der Prediger wegen der Copulation keine Schwierigkeiten mache, wie mitunter wohl zu geſchehen pflegt, kan diese Bitte hinzugefüget werden.

§. 325.

Zur Einrede kann gegen dieſe Ehenichtigkeitsklage gebraucht werden:

1) daß keine gerechte Urſache, die Ehe für nichtig zu erklären, vorhanden ſey.

2) daß Kläger nach der Zeit ſich die Fortſetzung der Ehe, ob er ſchon die Nichtigkeitsurſache gewußt, ſich gefallen laſſen (§. 303. Nr. 2. §. 321. Not. x).

3) Daß er den Fehler, der zwar ſonſt eine Nichtigkeit bewürke, vorher gewußt habe, (§. 321. B. Nr. 1). Dieſe Einreden bedürfen aber keiner weitern Erläuterung, indem ſie auf den in den angezeigten Paragraphen bereits angeführten Grundſätzen beruhen.

Von der actione divortii, oder Eheſcheidungsklage.

§. 326.

Die Eheſcheidungsklage iſt diejenige Klage, wodurch man eine Eheſcheidung zu erlangen beabſichtiget. Eheſcheidung (divortium) aber iſt die obrigkeit-

zeitlich erkannte Trennung einer gültigen Ehe, bey Lebzeiten beyder Ehegatten, aus einer gewiſſen rechtmäßigen Urſache. In der **katholiſchen** Kirche findet gänzliche Aufhebung der Ehe, wegen der Unauflöslichkeit des damit verknüpften Sakraments, außer einem einzigen Fall z), nicht Statt, ſondern es wird nach Beſchaffenheit der Umſtände bald lebenslängliche, bald nur eine gewiſſe Zeit dauernde Abſonderung der Eheleute, erkannt. Nach **proteſtantiſchem** Kirchenrecht aber kan die gänzliche Trennung der Ehe aus gewiſſen rechtlichen, von dem Ehrichter hinlänglich zu unterſuchenden Urſachen erkannt werden. Indeſſen iſt, eine ſolche Trennung durch gegenwärtige Divortienklage zu erlangen, weit größern Schwierigkeiten unterworfen, als die Caſſation einer ungültigen Ehe, durch die vorhin abgehandelte eheliche Nullitätsklage auszuwürken. **Einmal** liegt der Grund hiervon in der Natur einer gültigen und einer ungültigen Ehe, und dann **zweytens** in einer unrichtigen Erklärung bibliſcher Stellen.

In der **Natur** einer **gültigen** und **ungültigen** Ehe liegt er, weil bey der Divortienklage der Beklagte ſeines aus einer gültigen Ehe erworbenen Rechts wiederum verluſtig werden ſoll. Bey der ehelichen Nullitätsklage hingegen, ſoll er nur von ſeinem aus einer ungültigen Ehe ihm gar nicht zuſtändigen Rechte wieder abgehen.

In der irrigen Auslegung bibliſcher Stellen liegt aber auch der Grund mit, indem ſich viele einbilden, Chri-

z) Dahin gehört, wenn ein Ehegatte, nach geſchloſſener, aber noch nicht fleiſchlich vollzogener Ehe, in einen geiſtlichen Orden tritt, und das Ordensgelübde ablegt. c. 2 14. X. de converſ. conjug. Conc. Trid. Seſſ. XXIV. c. 6.

Chriſtus habe *) die Eheſcheidung aus keinen andern Urſachen, als blos wegen Ehebruchs und böslicher Verlaſſung verſtattet a).

Die Eheſcheidung erfordert alſo, wie gedacht, eine **rechtmäßige** Urſache b), und dieſe rechtmäßige Urſache, welche den **Grund** der Eheſcheidungsklage ausmacht, iſt nach proteſtantiſchem Kirchenrecht überhaupt zweyerley c):

I. **alles dasjenige, wodurch die eheliche Treue und Pflichten vorſätzlich verlezt werden.** Solche Verletzungen der ehelichen Treue und Pflichten ſind:

1) der **Ehebruch**, und zwar nicht nur der würklich begangene, ſondern auch der vermuthete, wenn dieſer anders **wahrſcheinlich** iſt d); nur muß ſolcher vor-

*) Math. 5, 32. Math. 19, 9.

a) *Io. Balth. Wernher* diſſ. de divortio, ex nulla alia cauſa, qnam adulterio, concedendo, Vitemb. 1719. *Abr. Steenmeyer*, diſſ. de divortiorum cauſis. Lugd. 1786.

b) Von den Urſachen der Eheſcheidung nach moſaiſchem Recht, ingleichen inwiefern bey den Römern ſolche Statt gefunden habe; hierüber ſehe man Schott, §. 216.

c) *Arn. Wilh. Mallinkrott* diſſ. de diverſis divortiorum cauſis in foris proteſtantium receptis. Lugduni Batavor. 1727. *Chr. Matt. Pfaff* diſſ. de cauſis divortii, Tub. 1732.

d) c. 12. X. de praeſumt. Hier gilt die Regel: Alle ſolche Umſtände, aus welchen nichts anders als ein von einem Ehegatten verſuchter oder vollbrachter Ehebruch vermuthet werden kann, ſind zur Eheſcheidung hinreichend. Z. B. wenn Jemand entkleidet im

vorſätzlich ſeyn begangen worden. Wenn daher ein Ehegatte in einem Nichtbewußtſeyn ſeiner Handlungen, oder aus Irrthum mit einer andern Perſon ſich fleiſchlich vermiſcht hat, ſo findet ordentlicherweiſe die Eheſcheidung nicht Statt e); ſo wenig als ein bloßer Verſuch einer Verführung zum Ehebruche, einen hinreichenden Grund zu ſelbiger abgiebt f). Z. B. wenn ein Ehemann ſeine Magd zum Beyſchlaf hat nöthigen wollen.

2) **Die bösliche Verlaſſung** (deſertio malitioſa); wovon im folgenden (§. 331—335).

3) **Die hartnäckige Verweigerung des ehelichen Beyſchlafs.** Dieſe wird der böslichen Verlaſſung gleich geſchätzt, und daher von einigen quaſi-deſertio genennt. Doch iſt vorauszuſetzen, daß richterliche

im Bette bey der Frau eines Andern angetroffen wird. *Wernher* P. I. obſ. 74. *Leyſer* Sp. 313. Med. 1. ſq. Schott, §. 220, *Ge. Tob. Schwendendoerfer* diſſ. de adulterio, quatenus probatum juſta ac legitima divortii cauſa eſt. Lipſ. 1653.

e) Z. B. in der Trunkenheit, oder aus einer irrigen Verwechſelung der Perſon; C. 6. Cauſ. 33. qu. 1. Hieraus ergiebt ſich, daß eine erlittene Nothzucht, zur Eheſcheidungsklage nicht berechtige. L. 13. §. 11. D. ad L. Iuliam de adulter. *Hommel* in epit. jur. ſacri. Cap. 53. §. 55. Not. a).

f) Eiſenhardts Rechtshändel 9ter Theil, Num. 1. S. 37. *Brückner* in deciſ. jur. matrim. Cap. XVII. Num. 2. *Nicolai* de repud. et divort. P. II. Cap. 1. §. 53—55. Man ſehe auch des Autors hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener praktiſchen Rechtsmaterien, 2ter Band, Nummer LXXXVI.

che Erinnerungen und dienliche Zwangsmittel vorher fruchtlos angewendet worden ſind g).

4) **Lebensnachſtellungen** (inſidiae vitae ſtructae) gegen den Ehegatten, oder deſſen Kinder h). In Anſehung dieſer iſt jedoch folgendes zu bemerken:

A) Die Umſtände, auf welche Art der Beklagte dem Kläger, oder deſſen Kindern, nach dem Leben getrachtet hat, müſſen in der Klage genau angegeben werden, ſonſt kan der Beklagte exceptionem libelli nimis generalis, vel obſcuri vorſchützen; denn er muß ſich in ſeinem Gegenbeweiſe gegen des Klägers Vorgeben gehörig vertheidigen können. Dies kann er aber nicht, wenn das Klaglibell die Umſtände der Lebensnachſtellung nicht enthält.

B) **Bloße Drohungen** ſind nicht hinreichend, ſondern es müſſen **äußerliche Handlungen** angeführt werden, wodurch ein Ehegatte vorſätzlich den andern ums Leben zu bringen verſucht hat. Denn dies iſt eigentlich eine Nachſtellung nach dem Leben. Dahin gehört zum Beyſpiel: wenn ein Ehegatte dem andern Gift beybringen wollen —, wenn er ihn mit geladenem Schießgewehr überfallen —, wenn er ein Meſſer mit ins Bette genommen hat, und dergleichen i). Als daher einſtmals eine Ehefrau ihre Divortienklage damit begründete, daß ihr Ehemann gegen ſie mehrmals die bedrohlichen Worte gebraucht habe: **dieſe Nacht** ſoll

g) Schott, §. 222.

h) *Sam. Stryck* diſſ. de divortio totali ob inſidias vitae ſtructas. Halae 1702. *Io. Georg Bruckmann* diſſ. de permiſſo ob inſidias vitae divortio. Erf. 1751.

i) *Nicolai* l. c. Cap. 5. num. 31. *Stryck* in vſu mod. Lib. XXIV. Tit. 2. §. 48.

ſoll deine letzte ſeyn! ferner: wenn du dich nicht zu mir legſt, ſo ſollſt du ſehen, was für ein Unglück entſtehen ſoll, dergleichen in der Stadt noch nicht leicht geſchehen ſeyn wird! ſo wurde erkannt: daß Klägerin Suchen nicht Statt habe.

Endlich erfordert auch die Nachſtellung nach dem Leben, Vorſatz, den Andern ums Leben zu bringen. Wenn alſo kein Vorſatz vorhanden geweſen iſt, wenn z. B der Mann in der Trunkenheit ſeine Frau mit einem Beile überlaufen, und ſie zu erſchlagen, gedrohet hat, ſo iſt dies keine Nachſtellung nach dem Leben k).

Soviel von der **Verletzung der ehelichen Treue und Pflichten**, als rechtmäßige Urſache zur Eheſcheidung betrachtet! Das proteſtantiſche Kirchenrecht begreift aber unter dieſen rechtmäßigen Urſachen auch

II. ſolche **Umſtände, welche den Zweck der Ehe auf immer vereiteln.** Dergleichen ſind z. B. folgende:

1) eine nach geſchloſſener Ehe entſtehende, **unheilbare, anſteckende Krankheit** l),

2) eine gleichfalls **nach** geſchloſſener Ehe entſtehende unheilbare **Raſerey** m),

3)

k) *Engau* P. II. Deciſ. 33. num. 6. 7.

l) *Leyſer* Sp. 315. Med. 10. *Boehmer* in conſult. Tom. III. S. I. reſp. 96. u. 103. Anderer Meinung iſt *Stryck* in uſu mod Lib. XXIV. Tit. 2. §. 52.

m) *Leyſer* Sp. 315. Med. 2. *Siegf. Caeſ. Aeminga* diſſ. de divortio et repudio ob furorem cognoſcendo Gryph. 1768.

3) ein nach der Ehe entſtehendes Unvermögen zum ehelichen Beyſchlaf, welches ſich der Ehegatte ſelbſt vorſätzlich zugezogen hat n),

4) Gewiſſe Verbrechen. Als: die Sodomie o); und überhaupt ſolche, weshalb der Ehegatte mit lebenslänglicher Gefängniß- oder Zuchthausſtrafe belegt worden iſt p), beſonders auf Seiten der Frau die Abtreibung der Leibesfrucht q).

Keineswegs aber in der Regel, unverſöhnlicher Haß eines Ehegatten gegen den andern r); ſo wie die Annahme einer andern Religion s).

Alle

n) *Leyſer* Sp. 315. Med. 3. 4. Titius im geiſtlichen Recht, 4. Buch 6. Cap. §. 20. *Hommel* in epit. jur. ſacri, Cap. 53. §. 50. Schott, §. 222. Note *).

o) c. 7. Cauſ. 32. qu. 2. *Boehmer* I. E. P. Lib. IV. Tit. 19. §. 5. 33. *Hommel* in rhapſod. obſ. 229. 308.

p) *Boehmer* I. E. P. Lib. IV. Tit. 19. §. 39. *Hommel* in rhapſod. obſ. 609. 612. und in epit. jur. ſacri. Cap. 53. §. 50. not. a. *Henr. Bodini* diſſ. de divortio conjugum propter delictum. Halae 1709.

q) Schott a. a. O.

r) Wenn nicht erlittene große Verletzungen ſolchen erzeugt haben. Schott a. a. O. *Iac. Car. Spener* diſſ. de repudiorum jure imprimis ex implacabilis odii cauſa, Vitembergae 1760.

s) Mendelſohns Jeruſalem, 1. Abſchn. S. 41. Note*). *Ioh. Laur. Holderrieder* probl. an judaica infidelitas poſt converſionem alterutrius conjugum ad fidem chriſtianam, in republica chriſtianorum ſit juſta cauſa divortii? Lipſ. 1740. So iſt dem Verfaſſer ein neuerer Fall bekannt, daß eine gewiſſe adeliche Dame von ihrem Gemahl, mit dem ſie 22 Jahre in der Ehe gelebt, deshalb geſchieden ſeyn

Alle dieſe Eheſcheidungsſachen erfordern aber richterliche Erörterung und Entſcheidung, daher können Eheleute die Ehe nicht, wie bey den Verlöbniſſen angeht, durch beyderſeitige freye Einwilligung aufheben t).

§. 327. — 328.

Der Kläger bey der Divortienklage iſt der unſchuldige Gatte, das iſt derjenige, welcher eine gerechte Urſache zur Eheſcheidung für ſich hat, z. B. der durch den Ehebruch beleidiget, dem von dem andern Gatten nach dem Leben geſtellt worden, u. dergl.

Stryck v) hegt die ſonderbare Meinung, daß eine Ehefrau wegen eines von ihrem Manne begangenen Ehebruchs, die Divortienklage nicht anſtellen könne, weil Chriſtus x) nur von der ehebrecheriſchen Frau rede. Allein dieſe Meinung iſt ohne allen Grund, denn ſie hat einmal die bekannte logiſche Regel: vnius poſitio non eſt alterius excluſio; und zweytens das gegen ſich, daß die Rechte der Eheleute in Anſehung der ehelichen Treue, gleich ſind. Daher hat ſie auch in foro nie Beyfall gefunden.

Der

ſeyn wollte, weil ſie nach proteſtantiſchen Kirchengebräuchen mit ihm copulirt worden, ſie aber nunmehr zur katholiſchen Religion übergetreten ſey, ſo daß ſie mit gutem Gewiſſen nicht länger die Gattin eines Unkatholiſchen ſeyn könne. Allein ſie wurde mit ihrem Suchen abgewieſen. Denn die Annahme einer andern Religion hebt den Zweck der Ehe nicht auf.

t) *Stryck* de ſucc. ab inteſt. diſſ. IV. Cap. 1. §. 12.

v) de diſſenſu ſponſalitio Sect. V. §. 4. ſqq.

x) Matthäi, 17. V. 9.

Der Beklagte im Gegentheil, iſt der Gatte, gegen welchen eine gerechte Urſache zur Eheſcheidung vorhanden iſt, z. B. der Ehebruch begangen, oder dem Andern nach dem Leben getrachtet hat.

§. 329.

Das Geſuch dieſer Klage geht dahin: Klägern von Beklagtem der Ehe halber, gänzlich zu entbinden und loszuzählen, ihm auch, daß er ſich anderweit verheyrathen dürfe, zu geſtatten. — Klagt der Mann, ſo kann er noch bitten; die Beklagte des Brautſchatzes für verluſtig zu erkennen. Klagt aber die Frau, ſo kann ſie bitten: daß Beklagter überdem ihr das Heyrathsguth und das Gegenvermächtniß herauszugeben ſchuldig. Es verordnen nämlich die Geſetze, daß, wenn die Ehe, wegen eines begangenen Ehebruchs, getrennt wird, die ſchuldige Ehefrau ihr Heyrathsgut verlieren, und ſolches (als eine beſondere Privatſtrafe) dem Ehemanne zufallen, der Mann hingegen der Frau, außer dem Eingebrachten, auch das Gegenvermächtniß herausgeben ſoll y).

Ob dieſe Verordnungen nur im Fall eines würklich begangenen Ehebruchs, oder auch wenn wegen eines vermutheten die Ehe getrennt worden, anzuwen-

y) L. 11. §. 3. D. ad L. Iul. de adulter. L. 20. C. de jure dot. Nov. 91. 97. 119. 134. Cap. 10 c. 4. X. de donationib. int. vir. et uxorem. In Sachſen wird die ſchuldige Ehefrau auch ihres Paraphernalvermögens verluſtig. *Hommel* in rhapſod. obſ. 321. Ernſt. Chriſt. Weſtphal. Von dem Anfalle des Heyrathsguthes bey Trennung der Ehe. Halle 1779.

wenden ſeyen: darüber ſind die Rechtslehrer nicht einerley Meinung z); und eben ſo unausgemacht iſt es, ob ſolche auch auf die Eheſcheidung wegen boshafter Verlaſſung, und wegen verweigerten Beyſchlafs auszudehnen a).

Rathſam iſt es, gedachte Bitten dem Hauptgeſuch anzuhängen, damit das Conſiſtorium gleich nebenher darüber mit erkennen könne: ſonſt muß deshalb bey dem weltlichen Richter beſonders geklagt werden b).

§. 330.

Der beklagte Ehegatte kan ſich aber gegen die Eheſcheidungsklage mit folgenden **Einreden** zu behelfen ſuchen:

1) **die Urſache, die Kläger zur Begründung ſeiner Klage angeführt habe, ſey nicht wahr;** oder

2)

z) Daß auch die Eheſcheidung wegen vermutheten Ehebruchs den gedachten Verluſt nach ſich ziehe, behauptet Quiſtorp in den Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien, 4. Stück. Num. 9. Roſt. und Leipzig 1780. Das Gegentheil wird vertheidigt von *I. H. Boehmer* in Conſult. Tom. I. reſp. 171. qu. 3. und Schott, §. 225.

a) *I. H. Boehmer* diſſ. de privatione dotis et ſucceſſionis ſtatutariae ob cauſam adulterii et malitioſae deſertioonis. Halae 1724. *Aug. Frid. Schott* diſſ. de uxore deſertrice dote ſua ex regula quidem, non ſemper tamen privanda. Lipſ. 1779. Johann Gottl. Hennig: Vom Recht und Verluſt des Vermögens der Frauen durch Ehebruch und bösliche Verlaſſung. Wittenberg und Zerbſt, 1784.

b) *Boehmer* de actionibus. Sect. II. Cap. 1. §. 42. Note v).

2) es ſey keine rechtmäßige Urſache. Z. B. die Frau hat deshalb gegen den Mann auf Trennung der Ehe geklagt, weil er durch Zufall zum Beyſchlaf untüchtig worden.

3) Kläger habe ihm den Fehler verziehen. Die Verzeihung eines die Eheſcheidung bewürkenden Fehlers kan ſowohl ausdrücklich, als ſtillſchweigend geſchehen. Eine ausdrückliche Verzeihung iſt vorhanden, wenn der unſchuldige Gatte erklärt, daß er dem ſchuldigen verzeihen, und ihm ferner ehelich beywohnen wolle. Denn wenn die Erklärung dahin ausfällt, daß dem ſchuldigen Gatten ſein Fehler zwar verziehen ſeyn ſolle, man aber fernerhin nichts weiter mit ihm zu thun haben, ſondern von demſelben los ſeyn wolle, ſo hebt dieſes das Recht, auf die Scheidung zu klagen, nicht auf. Stillſchweigend geſchieht die Verſöhnung durch eine ſolche Handlung, woraus ſich unwiderſprechlich folgern läßt, daß der unſchuldige Gatte den ſchuldigen dennoch als wahren Ehegatten ferner haben und behalten wolle. Dergleichen Handlung iſt unſtreitig, wenn der unſchuldige mit dem ſchuldigen ſich wieder fleiſchlich vermiſcht. Nur muß der beleidigte Ehegatte von der erlittenen Verletzung der ehelichen Treue hinreichende Wiſſenſchaft gehabt, und nicht in einem bloßen Argwohn ſich befunden haben c).

4) Der klagende Theil ſey an der ihm zugefügten Verletzung ſelbſt Schuld. Z. B. er hat den Beklagten durch boshafte Verweigerung des Beyſchlafs, zu Begehung eines Ehebruchs veranlaßt, oder ihm ſogar dazu Anleitung gegeben, oder durch grau-

c) L. 13. §. 9. D. ad L. Iul. de adulter. *Leyſer* Sp. 313. Med. 11.

grauſame Behandlungen es ſo weit gebracht, daß der Beklagte ihn verlaſſen d).

5) Kläger habe die nämliche Verletzung der ehelichen Treue verſchuldet; z. B. ebenfalls Ehebruch begangen (exceptio adulterii reciproci). Hier hebt ſich zwar die gegenſeitige Privatgenugthuung auf; beyde Theile aber ſind ſtrafbar e).

So findet auch die Eheſcheidung nicht Statt, wenn der Kläger ſelbſt zum Ehebruch Gelegenheit gegeben, z. B. durch hartnäckige Verweigerung des Beyſchlafs, oder gar durch eigene Verleitung.

Der beklagten Ehefrau kommen beſonders noch folgende verzögerliche Einreden zu Statten:

1) daß ihr Kläger die Prozeßkoſten vorzuſchießen, auch die Alimente zu reichen habe. Denn ſo lange die Ehe nicht getrennt worden, hören auch deren Wirkungen nicht auf. Jedoch muß ſie einen hohen Grad der Wahrſcheinlichkeit ihrer Unſchuld auf ihrer Seite haben f).

2) Die Einrede des Spoliums. Z. B. der Mann hat ſie aus dem Hauſe gejagt. Hier muß ſie erſt

d) L. 39. L. 47. D. Solut. matrim. c. 6. X. de eo, qui cogn. conſangu. vx. *Io. Flor. Rivini* progr. an debitum conjugale denegando cauſam adulterio dans divortium nihilominus ob adulterium petere poſſit. Lipſ. 1728.

e) c. 6. 7. X. de adulter.

f) *Leyſer* Sp. 313. Med. 7. Joh. Gottl. Hennig: Von der Alimentation der Eheleute und den Koſten während des Scheidungsproceſſes. Wittenberg 1782. 8.

erſt reſtituirt werden, und braucht ſich nicht eher auf die Klage einzulaſſen g).

Von der actione deſertionis, oder Deſertionsklage.

§. 331.

Eine Art der Divortienklage, die auch die Baſis eines außerordentlichen, einſeitigen Prozeſſes, des ſogenannten h) Deſertionsprozeſſes ausmacht, iſt die Deſertionsklage, das iſt diejenige Klage, mittelſt welcher aus dem Grunde, weil ein Ehegatte den andern böſslicherweiſe verlaſſen hat, die Trennung der Ehe geſucht wird. Ihr Grund iſt, wie gedacht, böſsliche Verlaſſung des Ehegatten (malitioſa deſertio), das iſt: wenn ein Ehegatte von dem andern vorſätzlich, ohne Urſache, in der Abſicht ſich entfernet, daß er niemals wieder zu demſelben zurückkehren, und im ehelichen Umgange mit ihm leben will i). Eine ſolche boshafte Verlaſſung vereitelt den doppelten Zweck der Ehe, die Kinder-

g) *Boehmer* de actionibus, Sect. II. Cap. 1. §. 42. Note o).

h) des Verfaſſers Theorie des ſummariſchen Prozeſſes, §. 371.

i) *Burc. Bardili* diſſ. de divortio ex cauſa deſertionis. Tub. 1675. *Ern. Frid. Schroeter* diſſ de eo quod juſtum eſt in puncto malitioſae deſertionis. Ienae 1675. *El. Schneegaſs* diſſ an conjugium, quoad vinculum internum ob malitioſam deſertionem jure diſſolvi poſſit? Rint. 1692.

verzeugung und die eheliche Beyhülfe; daher iſt ſie allerdings eine gerechte Scheidungsurſache. Es iſt jedoch hierbey vorauszuſetzen:

1) daß kein Verdacht einer zwiſchen beyden Eheleuten heimlich getroffenen Verabredung vorwalte k);

2) daß der klagende Ehegatte Vermuthungen ſeiner Unſchuld für ſich habe kk);

3) daß auf Seiten des entwichenen Theils der Vorſatz, zu ſeinem Gatten nie wieder zurückzukehren, erwieſen, oder aus rechtlichen Gründen zu vermuthen ſey. Letzteres iſt der Fall, wenn er ohne Urſachen l) entwichen iſt, dem hinterlaſſenen Gatten keine Nachricht von ſich giebt, und auf die erlaſſenen Ladungen nicht erſcheint.

Schon eine halbjährige Abweſenheit, und der Mangel glaubhafter Nachrichten, berechtigen den verlaſſenen Theil zur Anſtellung der Deſertionsklage m); nur muß er ſich möglichſte Mühe gegeben haben, von dem Abweſenden Erkundigung einzuziehen, und ſolches durch

k) *Hommel* in epit. jur. ſacri, Cap. 53. §. 53.

kk) Bey vorwaltendem Zweifel wird demſelben die Beybringung eines beglaubten Zeugniſſes: daß er ſich in Abweſenheit ſeines Gatten ehrlich und unverweißlich gehalten, auferlegt. *Carpzov* in jurispr. conſ. Lib. III. Tit. 5. def. 59.

l) Wenn daher ein Ehegatte in Amts- oder Gewerbsgeſchäften abweſend iſt, und ſeine Rückkehr nicht unnöthig verzögert, ſo kann die Deſertionsklage gegen ihn nicht angeſtellt werden.

m) c. 5. X. de ſponſalib. Schott, §. 221. Manche Eheordnungen erfordern indeſſen eine längere Abweſenheit, z. B. von 2. 4. 5. 7. Jahren.

durch ſogenannte Diligenzſcheine erweiſen n). Es hat daher der klagen wollende Theil in dieſer Klage hauptſächlich folgende Stücke anzuführen:

1) die Zeit, zu welcher der Beklagte ſich entfernt,

2) daß Beklagter ſeit ſeiner Entfernung keine Nachricht von ſich gegeben,

3) daß Kläger ſich alle Mühe gegeben, ſolche zu erlangen. Hierbey hat er ſich auf die ſogenannten Diligenzſcheine zu beziehen.

4) Weiß der Kläger den gegenwärtigen Aufenthaltsort des Beklagten zuverläßig, ſo iſt auch dieſer nahmhaft zu machen.

Allein, hier entſteht die Frage: **In welchem Gericht iſt die Deſertionsklage anzuſtellen?** worauf mit Unterſchied zu antworten.

Der Kläger iſt **entweder** der Ehemann, **oder** die Ehefrau. Der klagen wollende **Ehemann** hat, wenn ihm der Aufenthaltsort der Frau bekannt seyn ſollte, nicht nöthig, ſich an den Richter dieſes Orts zu wenden, ſondern er kan die Klage in demjenigen geiſtlichen Gericht anſtellen, welchem er in Eheſachen ſelbſt unterworfen iſt. **Einmal**, weil, ſo lange die Ehe nicht getrennt worden, alle wechſelſeitige Verhältniſſe in Anſehung des Eheſtandes unter den Ehegatten noch fortdauern, mithin die entwichene Frau den Gerichtsſtand des Mannes, ihrer Entweichung ungeachtet, noch immer anerkennen muß o); und **zweytens**: weil überhaupt alle Eheſcheidungsklagen,

n) Schott, a. a. O. Note ****).

o) *Io. Aug. Hellfeld* diſſ. de actore forum rei haud ſemper ſequente §. 22.

gen, und alſo auch gegenwärtige Deſertionsklage, von der Beſchaffenheit ſind, daß man nicht ſagen kan, daß der Kläger von dem Beklagten etwas fordere, ſondern jener verlangt blos, der Richter ſoll durch ſeinen Ausſpruch erklären, wasmaßen der Beklagte an ihm nichts zu fordern habe. In dergleichen Fällen aber, da der Kläger vom Beklagten nichts präſtirt haben will, ſondern vielmehr nur verlangt, der Richter ſoll erklären, daß Beklagter an Klägern, oder an dem Seinigen, nichts zu fordern berechtiget ſey, iſt der Kläger an den Richter des Beklagten nicht ſchlechterdings gebunden, ſondern er kan auch bey ſeinem eigenen Richter klagen; denn dieſe Klage iſt gleichſam eine Provocation, welche bey der gegenwärtigen Deſertionsklage darauf gerichtet wird, daß Beklagter erſcheinen, und dasjenige vorbringen ſoll, wozu er bey der Verlaſſung gegen den verlaſſenen Theil ein Recht zu haben vermeinet p).

Klagt aber die Ehefrau wider ihren Ehemann, ſo kömmt es darauf an, ob ſie entweder gewiß weiß, daß der Mann den Ort, an welchem ſie zeither miteinander als Eheleute gelebt haben, würklich verlaſſen hat, und ihr auch deſſen gegenwärtiger Aufenthalt bekannt iſt, oder ob dieſes der Fall nicht iſt. Iſt es gewiß, daß der Mann ſich nicht mehr an dem Orte, wo er zeither mit ſeiner Frau gelebt, befindet, ſo hat ſie die Wahl, ob ſie bey demjenigen geiſtlichen Richter, den ſie für ſich anerkennen muß, klagen, oder ob ſie ſich an den geiſtlichen Richter des Orts, wo ſich ihr Mann gegenwärtig aufhält, wenden will. Im entgegengeſetzten Fall muß die Klage bey demjenigen geiſtlichen Gericht angebracht werden, welches der Mann zur Zeit der Entweichung anerkannt hat. Denn da jede Veränderung facti

p) *Hellfeld* §. 20. 21.

facti iſt, und nicht vermuthet wird, ſo nimmt man an, daß der Mann auch ſeinen vorigen Gerichtsſtand beybehalten habe.

§. 332. 333.

Der **Kläger** iſt hier derjenige Gatte, welcher von dem andern böslich verlaſſen worden; und letzterer iſt der **Beklagte**. — Es kan aber wider den entwichenen Gatten der Deſertionsprozeß eher nicht verhängt werden, es habe denn zuvor der klagende Theil, daß er von demſelben verlaſſen worden, wenigſtens **einigermaßen** beſcheiniget.

Außer den Atteſtaten, von der Mühe, die ſich Kläger gegeben, den Beklagten auszukundſchaften, wohin er ſich begeben, oder den ſogenannten **Diligenzſcheinen**, von denen im Vorhergehenden beyläufig gehandelt worden, kan dieſe Beſcheinigung geführt werden 1) durch des Beklagten **eigenhändige Schreiben**, welche er z. B. bey ſeiner Entweichung zurückgelaſſen, oder nach derſelben dem Kläger zugeſchickt hat; ferner 2) durch Zeugen, wenn er z. B. gegen eine oder mehrere Perſonen ſich verlauten laſſen, daß er nimmermehr wiederkommen werde. Allenfalls kann er ſich 3) zum ſogenannten juramento ignorantiae erbieten, wodurch er verſichert, daß er **nicht wiſſe, wo Beklagter hingekommen, ihn auch bisher durch fleißiges Nachforſchen nicht auskundſchaften können** q).

§. 334.

q) *Carpzov* in juriſpr. conſ. Lib. III. Tit. 5. def. 59. *Boehmer* de actionibus, Sect. II. Cap. 1. §. 43.

§. 334.

Das Geſuch geht dahin: **Beklagten durch Edictalien vorzuladen, und, wenn er auf ſolche nicht erſcheint, ihn für einen böslichen Verlaſſer zu erklären, zugleich aber Klägern von demſelben, der Ehe halber, gänzlich zu entbinden und loszuzählen.**

Die Edictalcitation kann jedoch nur in dem Fall erlaſſen werden, wenn des Beklagten Aufenthaltsort unbekannt iſt. Denn weiß man ſeinen dermaligen Aufenthaltsort, ſo iſt er blos mittelſt einer Privatcitation, und zwar, wenn er ſich unter fremder Gerichtsbarkeit aufhält, durch ſubſidiariſche Hülfe des Richters des Orts, vorzuladen r). Dieſe Privatcitation wird erſt unter Androhung einer beſtimmten Geldſtrafe, und wenn dieſes nichts fruchtet, mit der Verwarnung: **der Klage geſtändig und überführt geachtet zu werden,** erlaſſen, und im Außenbleibungsfall wird ſodann auf die Trennung der Ehe erkannt s).

Schreitet man aber zur Edictalcitation, ſo muß dieſe dreymal wiederholt werden, oder eine dreyfache abgetheilte peremtoriſche Friſt enthalten. In Sachſen enthält dieſe dreyfache peremtoriſche Friſt einen Zeitraum von drey vollen ſächſiſchen Friſten s). Dieſes dreymalige Vorladen geſchieht 1) zur Einlaſſung, 2) zur Beſchei-

r) Ludovici im Conſiſtorialproceß, 10 Cap. §. 10. *Leyſer* Sp. 314. Med. 2. *Carpzov* in jurispr. conſiſt. Lib. III. def. 62. *Brückner* in deciſ. matrim. Cap. 17. num. 29.

s) *Martin Gottl. Pauli* progr. de citatione deſertoris non latitantis in cauſa divortii rite facienda. Vitemb. 1788.

t) *Wernher* P. I. obſ. 204. *Hommel* rhapſod. obſ. 612. *Berger* in elect. proc. matrimon. §. 50.

ſcheinigung der Hinderniſſe wegen des Außenbleibens, und 3) zu Anhörung des Scheidungsurtheils v). Uebrigens iſt bekannt, daß dieſe Ladung in dreyer verſchiedenen Herren Landen angeſchlagen werden muß x). In einigen Provinzen, z. B. in Sachſen, iſt es herkömmlich, daß die Edictalien, in der Kirche, nach geendigter Predigt, von der Canzel abgeleſen, und ſodann an die Kirchthüre angeſchlagen werden.

Findet ſich nun der Vorgeladene auf die erlaſſene Ladung ein, ſo muß er mit ſeinen Einreden gehört werden, und es liegt dem geiſtlichen Gericht vor allen Dingen ob, durch gütliche Vorſtellungen unter den zeither getrennt geweſenen Eheleuten eine Vereinigung zu verſuchen. In der Regel muß die Ehe fortgeſetzt werden; doch kann der Kläger von dem Beklagten, nach Beſchaffenheit der Umſtände, verlangen, daß er ſich von dem gegen ihn etwa obwaltenden Verdacht eines begangenen Ehebruchs, mittelſt Eydes reinige y). Es muß jedoch, wie gedacht, Verdacht vorhanden ſeyn. Wenn daher der Beklagte dieſen Verdacht auf andre Weiſe, z. B. durch glaubwürdige Zeugniſſe, von ſich entfernen kan, ſo braucht er nicht zu ſchwören z).

Wenn aber der Vorgeladene außenbleibt, dann klagt der Kläger deſſen Ungehorſam an, und es erfolgt dar-

v) Hommel im deutſchen Flavius, unter dem Wort: Deſertion.

x) Ludovici, 10. Cap. §. 12. Knorr im gerichtlichen Prozeß, 3. Buch, 8. Hauptſt. §. 18.

y) *Leyſer* Sp. 314. Med. 4. 5. *Carpzov* in jurisprud. conſiſt. Lib. II. def. 209. Lib. III. def. 66.

z) Des Verfaſſers Theorie des ſummariſchen Prozeſſes, §. 371. Note r).

darauf das Scheidungsurtheil, worinne der Beklagte für einen böslichen Verlaſſer erklärt, Kläger von demſelben, der Ehe halber, loß und ledig gezählt, und demſelben, ſich anderweit zu verehelichen, erlaubt wird *).

Iſt dieſe Sentenz rechtskräftig geworden, ſo hat dadurch der Kläger ein Recht erlangt, auf der erkannten Trennung zu beharren, und er braucht den Beklagten, wenn ſich dieſer wieder einfinden ſollte, nicht anzunehmen a). Dieſer wird weiter gar nicht gehört, wofern ihm nicht eine gerechte Urſache der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu Statten kömmt. Nur ſetzt dieſe voraus, daß noch res integra ſey, daß nämlich eine reductio in priſtinum ſtatum geſchehen könne, welches z. B. der Fall nicht iſt, wenn ſich der unſchuldige Theil bereits anderweit verheyrathet haben ſollte.

Solange aber die Scheidungsſentenz noch nicht rechtskräftig geworden iſt, muß der Beklagte, wenn er ſich indeſſen eingefunden haben ſollte, noch mit ſeinen Einreden gehört werden, und der Kläger ihn wieder annehmen, in welchem Fall jedoch das zur Anwendung kömmt, was vorhin, in Anſehung eines Verdachts, wegen etwa begangenen Ehebruchs, geſagt worden.

§. 335.

*) *Carpzov* l. c. *Berger* l. c. Dem ſchuldigen Ehegatten aber wird die weitere Verheyrathung gemeiniglich unterſagt; doch kann er hierunter bey der Landesobrigkeit um Diſpenſation nachſuchen, welche gemeiniglich auch nicht erſchwert wird. *Carpzov* l. c. def. 271.

a) *Carpzov* Lib. II. def. 170. Schott, §. 221.

§. 335.

Die Einreden, die der Beklagte vorſchützen kan, ſind:

1) Er ſey aus gerechten Urſachen abweſend geweſen. Zum Beyſpiel: er hat, um Schulden einzutreiben, eine Reiſe in entfernte Gegenden gethan, und geglaubt, nach einem halben Jahre wiederzurückkehren zu können, durch zufällige Umſtände aber verzögert ſich ſeine Rückkehr über Jahr und Tag, und ſeine zurückgelaſſene Frau klagt ihn immittelſt als einen böslichen Verlaſſer an, er kommt aber, ehe noch eine rechtskräftige Sentenz vorhanden iſt, zurück. Hier kan er dieſe Einrede vorſchützen.

2) Kläger habe dem Gericht Umſtände verheelet, die, wenn dies nicht geſchehen wäre, den verhängten Deſertionsprozeß verhindert haben würden (exceptio diſſimulationis). Er habe z. B. gewußt, wo Beklagter ſich aufhalte, und ſolches verſchwiegen. Er habe verſchwiegen, daß Beklagter mit ſeiner, Klägers, Bewilligung und Zufriedenheit abweſend geweſen, u. dgl.

3) Die Einrede des nicht ſichern Orts (§. 122).

Von der actione ſaevitiarum, oder Sävitienklage.

§. 336.

Durch dieſe Klage wird weder die Ehe für null und nichtig erklärt, wie bey der Nullitätsklage, noch ſolche getrennt, wie bey der Divortien- und Deſertionsklage, ſon-

ſondern ſie würkt nur eine Suspenſion der ehelichen Rechte und Pflichten in Anſehung des Beyſchlafs und des Beyſammenwohnens, welche die **Scheidung von Tiſch und Bett** (ſeparatio a thoro et menſa) b) genennt wird.

Dieſe Scheidung geſchieht entweder **auf lebenslang** (ſeparatio a thoro et menſa *perpetua*), oder **auf gewiſſe Zeit** (*temporaria*). Jene tritt nach den Grundſätzen der katholiſchen Kirche, an die Stelle der gänzlichen Eheſcheidung, weil dieſe Kirche die Ehe für ein unauflößliches Sakrament hält c). Bey den Proteſtanten aber iſt ſie nicht gebräuchlich d). Dieſe kennen nur die **letztere** Gattung der Scheidung von Tiſch und Bette, welche auf eine Zeitlang geſchieht, und wegen **Sävitien**, als ein Verſuchsmittel, die gänzliche Trennung der Ehe zu vermeiden, gebraucht wird e).

Einige Rechtslehrer verſtehen unter **Sävitien** eine ſolche üble Begegnung, die ein Gatte von dem andern erdulden muß, daß dabey Leib und Leben in Gefahr komme: z. B. wenn ein Ehegatte den andern mit Schlägen dergeſtalt mißhandele, daß hieraus ein unver-

b) *Em. Theoph. Meier* diſſ. de ſeparatione cohabitationis. Tub. 1675. *Dan. Henr. Haſentien* comment. de ſeparatione a thoro et menſa. Ienae et Lipſ. 1784.

c) Fr. Xav. Neubauer's Verſuch über die Frage: ob ein katholiſcher Landesfürſt das Recht habe, gültig geſchloſſene und vollbrachte Ehen ſeiner katholiſchen Unterthanen in gewiſſen Fällen auch in Anſehung des Bandes zu trennen? (Grätz) 1785. Aquil. Jul. Cäſar: Meine Gedanken von der Unzertrennlichkeit des heiligen Ehebandes. Wien 1787.

d) Schott, §. 221. *Hellfeld* in juriſpr. for. §. 1269.

e) Schott, a. a. O.

verſöhnlicher Haß entſtehe. Allein ſo eingeſchränkt iſt der Begrif des Worts: **Sävitien**, nicht zu faſſen, ſondern man hat unter **Sävitien** zu verſtehen: **wenn ein Ehegatte den andern auf ſo eine Art behandelt, daß er dieſem ganz unerträglich wird.** Dies kan auch ohne Schläge und Schimpfen geſchehen; z. B. wenn er allerhand anzügliche Spitzfindigkeiten ſich gegen den andern erlaubt, beſtändig mürriſch iſt, und ſchmollt, mit ſeinem Ehegatten ganze Tage lang kein Wort ſpricht, u. ſ. w. Auch dieſes ſind Sävitien, weshalb eine Scheidung von Tiſch und Bette geſucht werden kann.

Die üblen Behandlungen, welche die Sävitien ausmachen, müſſen in der Klage genau angeführt werden, jedoch deren nicht mehrere, als der Kläger zu beweiſen im Stande iſt.

Uebrigens ſind hier alle Beweismittel zuläßig, und es wird auch das Zeugniß der Dienſtboten als ein gültiges Zeugniß betrachtet f).

§. 337. 338.

Der **Kläger** iſt derjenige Ehegatte, welcher von dem andern übel behandelt wird, und letzterer iſt der **Beklagte.**

§. 339.

Das Geſuch wird dahin gerichtet: **ſie, die in Unfrieden lebenden Eheleute, von Tiſch und Bette zu ſcheiden.** Und ſollten die Sävitien mitunter auch in Schlägen und ſonſtigen Thätlichkeiten beſtan-

f) *Nicolai* de repudiis, Cap. V. num. 42. ſqq.

ſtanden haben; ſo kan man noch hinzufügen: **auch Beklagtem alle weitere Thätlichkeiten zu unterſagen, und ihn zu Beſtellung desfallſiger Caution anzuhalten** g). Die Dauer der Separationszeit hängt von der Beſtimmung des Conſiſtoriums ab. Gemeiniglich pflegt man ſolche in einer Unehe lebende Eheleute auf ein Jahr von Tiſch und Bett zu ſcheiden. Zuweilen wird gar keine Zeit beſtimmt, und die uneinigen Eheleute werden, **bis auf des Conſiſtoriums anderweite Verordnung**, abgeſondert. Iſt die Separationszeit verfloſſen, und immittelſt keine Verſöhnung zwiſchen den getrennt geweſenen Eheleuten erfolgt, ſo wird erſtere gewöhnlich verlängert. Will aber auch dieſes nichts fruchten, ſo kan zuletzt noch der unſchuldige Gatte auf gänzliche Trennung der Ehe antragen h).

Sollte der Kläger etwa glauben, daß die Unzufriedenheit, die zwiſchen ihm und dem Beklagten obwaltet, gar einen Grund zur Eheſcheidung abgebe; z. B. er glaubt, des Beklagten Handlungen beſtünden in einer Nachſtellung nach dem Leben, er iſt aber ſeiner Sache nicht ge-

g) Dieſe Caution (*cautio de non offendendo*) muß durch Bürgen oder Pfand geleiſtet werden, und ihr Betrag hängt vom Ermeſſen des Conſiſtoriums ab. Iſt der Beklagte ſolche auf die eine oder andere Art zu beſtellen, unvermögend, ſo muß er ſie mittelſt Eydes beſtellen. Die ſolchenfalls übliche Eydesformel ſehe man bey *Carpzov* in jurispr. conſ. Lib. II. Tit. 12. def. 219. Dem Beklagten kan jedoch die Beſtellung dieſer Caution andergeſtalt nicht auferlegt werden, als wenn die Sävitien bewieſen worden. Statt gedachter Caution kan der Kläger aber auch bitten: dem Beklagten weitere Thätlichkeiten, **unter Androhung einer nahmhaften Strafe**, zu unterſagen; welche Bitte in mehrerer Rückſicht noch zweckmäßiger iſt.

h) Schott, §. 227. *Leyſer* Sp. 315. Med. 12. corall.

gewiß, ob er die Eheſcheidungsklage werde ausführen können; ſo kan er ſelbige mit der Sävitienklage alternativiſch cumuliren, und z. B. bitten: ihn vom Beklagten der Ehe halber gänzlich zu entbinden und loszuzählen, oder wenigſtens von Beklagtens Tiſch und Bette zu ſcheiden.

Klagt die Frau, ſo kan ſie noch bitten: dem Beklagten aufzuerlegen, daß er ihr während der Separationszeit den nöthigen Unterhalt verabreiche, und ihr zu dem Ende wöchentlich z. B. 1 Thaler entrichte. Denn durch die Scheidung von Tiſch und Bette wird nur der eheliche Umgang einſtweilen ſuſpendirt, im übrigen bleibt das Eheband, nebſt ſeinen andern Würkungen, ungetrennt i). Hat aber die Frau ein Heyrathsguth, welches zu ihrem Unterhalt hinreicht, ſo kan ſich der Mann durch deſſen Abtretung an ſelbige, von der Verbindlichkeit der Ernährung frey machen k).

§. 340.

Zur Einrede kan ſich der Beklagte bedienen:

1) Die Sävitien wären ungegründet. Iſt dieſes, ſo darf keine Scheidung von Tiſch und Bette erkannt werden, ſondern hier weißt das Conſiſtorium, nach vorgängigem gütlichen Zureden, beyde Theile an, ſich mit einander zu verſöhnen, und künftig verträglich, wie es chriſtlichen Eheleuten gezieme, miteinander zu leben. Will gütliches Zureden nichts fruchten, ſo wer-

i) c. 2. X. de divort. *Wernher* P. VI. obſ. 325.

k) *Carpzov* in jurisprud. conſiſt. Lib. II. def. 113. 114.

werden ſie am Ende durch Strafen zur Verträglichkeit angehalten l).

2) Es ſey nur eine mäßige Züchtigung geſchehen m).

3) Man habe ſich miteinander wieder ausgeſöhnt.

4) Kläger habe die Uneinigkeit ſelbſt veranlaſſet.

§. 341.

Nachdem wir nun diejenigen Klagen, welche Statt finden, wenn über den ehelichen Zuſtand ſelbſt geſtritten wird, abgehandelt haben, ſchreiten wir zur Abhandluug derjenigen, welche wegen **gewiſſer ſtrittigen Rechte** dieſes Zuſtandes, zu gebrauchen ſind. Dieſer Streit kan theils Rechte in Anſehung der Perſonen, theils Rechte in Anſehung der Güther der Eheleute, zum Gegenſtande haben. Betrift er jene, so findet eine Imploration in Anſehung des ehelichen Zuſtandes Statt. Wenn z. B. die Frau dem Manne nicht ehelich beywohnen will, oder ſich der Haushaltung nicht annimmt, und dabey doch nicht leugnet, daß ſie ſeine Frau ſey, ſo kan ſich der Ehemann einer bloßen ſummariſchen Imploration bedienen, und das Conſiſtorium bitten: der Imploratin ſcharf einzureden, daß ſie ſich ihrer Pflicht gebührend erinnere, und ihr nachdrücklich anzubefehlen, daß ſie Imploranten, ihrer Schuldigkeit nach, ehelich beywohne, und alles dasjenige fleißig verrichte, was die Pflicht einer

l) *Nicolai* l. c. num. 37. ſqq.

m) Heinr. Freder's Erörterung der Frage: ob ein Mann ſeine Frau zu ſchlagen berechtiget ſey? Jena 1734.

ner guten Hauswirthin mit ſich bringt. Selten aber findet deshalb ein ſchriftliches Verfahren Statt, ſondern das Conſiſtorium pflegt die Irrungen durch gütliches Zureden beyzulegen zu ſuchen. — Sollten dritte Perſonen es durch Verhetzungen oder Verführungen dahin gebracht haben, daß ein Ehegatte gegen den andern ſeine Pflichten vernachläßiget; ſo können ſolche mit der actione *de uxore corrupta*, oder *de marito corrupto*, wovon unten (§. 1211. u. ff.) gehandelt werden wird, belangt werden. Oefterer aber kömmt der Fall vor, daß über Rechte, die ſich hauptſächlich auf die Güter der Eheleute beziehen, geſtritten wird. Gemeiniglich geſchieht dies während der Ehe; und hier kommen vor: die *actio alimentaria* (Alimentenklage); ingleichen die actio *dotis* und *donationis propter nuptias* petendae. Ein ſolcher Streit kan aber auch erſt nach erfolgter Trennung der Ehe entſtehen, und wird bald durch die actionem *dotis*, bald durch die *actionem donationis propter nuptias repetendae*, anhängig gemacht, welche Klagen wir nacheinander kennen zu lernen haben.

Von der actione alimentaria, oder Alimentenklage.

§. 342.

Alimente oder Unterhalt, bedeuten überhaupt alles dasjenige, was zur Erhaltung des Lebens nothwendig iſt. Dies beſteht nun entweder in demjenigen, ohne welchem man das Leben gar nicht fortbringen kan, wohin z. B. Eſſen, Trinken, und nothdürftige Kleidung gehört, oder

über-

überdies auch in demjenigen, was man nach dem Stande, worinne man ſich befindet, bedarf, oder, was, wie man ſagt, ein ſtandesmäßiger Unterhalt erfordert. Im erſten Fall heißen es natürliche (alimenta *naturalia*); im zweyten Fall bürgerliche Alimente (alimenta *civilia*). Dieſer Unterſchied kömmt blos in Anſehung der Kinder in Betracht. Ehelich gebohrne Kinder können von ihrem Vater bürgerliche Alimente fordern; unehelichen aber, und ſolchen, welche ſich einer groben Undankbarkeit gegen ihre Aeltern ſchuldig gemacht haben, gebühren blos natürliche Alimente n).

Wenn in Anſehung der Alimente ein Streit entſteht; ſo betrifft ſolcher entweder die Frage: ob Jemand einem Andern Unterhalt zu geben pflichtig ſey? oder nicht; ſondern, es wird von Jemanden zwar die Pflicht einem andern Alimente zu verabreichen, ſelbſt, nicht geleugnet; allein er iſt mit demſelben über den Betrag, über die Größe der Alimente, wieviel er dergleichen ihm zu präſtiren habe, uneins. Sollte im letztern Fall die Größe, der Betrag der Alimente, liquid ſeyn o); ſo kan man gleich executiviſch klagen. Wäre aber dieſes nicht, ſo tritt eine Implora-

n) L. 5. §. 7. D. de agnoſc. vel alend. lib. Nov. 89. Cap. 12. §. 6. Auth. *Ex complexu* C. de inceſt. nupt. c. 5. X. de eo qui dux. in matrim. L. 4. §. 11. D. de agnoſc. vel alend. lib. Nov. 115. Cap. 3. §. 1. ſqq. *Lüd. Mencken*, diſſ. de alimentis filiorum a patre praeſtandis et non praeſtandis, Lipſ. 1686. in deſſen diſſert. jurid. num. 1.

o) Z. B. man hat einen ſchriftlich verfaßten Alimentationscontrakt für ſich, worinne ganz klar, wieviel der Andere an Alimenten uns verabreichen müſſe, beſtimmt iſt.

ration des richterlichen Amtes ein; man bittet den Richter, vermöge ſeines Amts eine gewiſſe Summe zu beſtimmen, die Implorat wöchentlich Imploranten zu präſtiren habe. Was aber den erſten Fall anlangt, ſo kan, wenn die **Pflicht zur Alimentation**, auf Seiten deſſen, der ſolche verweigert, gewiß iſt, der Richter, ihn zur Leiſtung der gegenwärtigen und zukünftigen Alimentation anzuhalten, implorirt, und um mandata compulſorialia ſine clauſula, nachgeſucht werden. Dieſer Fall iſt vorhanden:

1) bey ſolchen Perſonen, welchen die Geſetze die Pflicht zur Alimentation, unmittelbar auferlegen p);

2) wenn Jemanden in einem unfehlerhaften Teſtamente Alimente ausgeſetzt ſind;

3) wenn die Pflicht zur Alimentation ganz klar aus einem ſchriftlich aufgeſetzten Vertrage erhellet.

Sollte aber die Pflicht zur Alimentation, auf Seiten unſers Gegners, nicht gewiß ſeyn, ſo muß die **Alimentenklage**, welche nicht ſummariſch, ſondern nach der Form des ordentlichen Prozeſſes, verhandelt wird, angeſtellt werden.

§. 343.

Der **Grund** dieſer Klage iſt alſo die Verbindlichkeit eines Andern, uns Alimente zu geben, und die Quelle, woraus dieſe Verbindlichkeit entſpringt, doppelt. Entweder die **unmittelbare Verordnung** der Geſetze, oder eine **verbindliche Handlung**. Dieſe **verbindliche Handlung** kan ſeyn

p) L. 9. §. 8. D. de agnoſc. liber.

1) eine **erlaubte.** Ein **Vertrag.** Z. B. es hat Jemand ſeine Güter an einen Andern unter der Bedingung verkauft, daß dieſer ihn zeitlebens ernähren ſoll q). Oder ein **Teſtament,** oder **andrer lezter Wille,** u. ſ. w.

2) eine **unerlaubte,** d. i. ein **Verbrechen.** Z. B. wenn Jemand einen Andern dergeſtalt zu Schanden geſchlagen hat, daß derſelbe ſein Brod zu verdienen, nicht mehr im Stande iſt.

Hier beſchäftigen wir uns blos mit der Verbindlichkeit zur Alimentation, welche **unmittelbar aus den Geſetzen** entſpringt r). Gewiſſe Perſonen ſind verbunden, andern den Unterhalt zu geben, ob ſie ſchon dazu ſich nicht beſonders verpflichtet haben, und die Urſachen dieſer Verbindlichkeit ſind viererley:

1) Die **nahe Verwandſchaft.**

2) Das **eheliche Verhältniß.**

3) Die **Dankbarkeit,** zu welcher man Jemanden verbunden iſt.

4) In gewiſſen Fällen **die Armuth.**

Dieſe Verbindlichkeit mag aber entſtehen, aus welcher Urſache ſie will, ſo iſt ſie nur alsdenn würkſam, **wenn derjenige, welcher von dem Andern ernährt ſeyn will, ſich ſelbſt zu ernähren nicht im Stande iſt** s). Nur der Ehemann macht in Anſe-

q) *Leyſer* Sp. 194. Med. 4.

r) Entſpringt die Verbindlichkeit zur Alimentation aus einer verbindlichen That, ſo müſſen die Alimente, mit der Klage geſucht werden, welche aus der That entſtehet. Z. E. ex pacto; ex teſtamento; ex damno injuria dato, die actio legis Aquiliae.

s) L. 5. §. 7. L. 19. D. de agnoſc. vel al. lib. *Wernher* P. II. obſ. 282.

ſetzung ſeiner Ehefrau hiervon eine Ausnahme, indem ihm die Geſetze die Verbindlichkeit, ſeine Frau zu ernähren, unbedingt, dieſe mag eignes Vermögen haben, oder nicht, auferlegen. Der Implorant hat aber die Armuth zu beweiſen, und zwar 1) durch ein obrigkeitliches Atteſtat, und 2) durch den ſogenannten **Armeneyd** (juramentum paupertatis) t).

§. 344.

Der **Kläger** iſt derjenige, welcher von Jemanden Alimente zu fordern berechtigt iſt. Dergleichen Perſonen ſind nach den vorhin angezeigten Urſachen:

1) die **Kinder**. Dieſe müſſen, ſobald ſie gebohren worden, von ihren Aeltern, beſonders vom Vater, ernährt werden v). Dies gilt ſowohl von ehelichen als unehelichen Kindern, nur unter der Vorausſetzung, daß die Vaterſchaft ausgemacht, oder wenigſtens einſtweilen rechtlich angenommen worden ſey, und mit dem oben-

t) *Carpzov* P. I. conſt. 23. def. 14.

v) L. 5. pr. §. 1. 10. ſqq. D. de agnoſc. vel al. lib. L. 3. 4. C. de alend. lib. *C. G. Eiſenſtuck* diſſ. quae jura in alendis et educandis liberis, ſecundum ſtatum naturalem et civilem obtineant. Lipſiae 1794. Hommel führt in der in dem Lehrbuche angezogenen Diſſertation an, daß eine öffentlich verlobte Braut, welche von ihrem Bräutigam geſchwängert worden, die Verpflegung ihres Kindes von dem Vater ihres Bräutigams, der noch in deſſen väterlichen Gewalt ſtehet, ſich aber in die Fremde begeben, und einen unbekannten Aufenthalt hat, ſo lange fordern könne, bis der Sohn wieder zurück komme, oder außerdem, bis das gezeugte Kind ſein Brod ſelbſt verdienen könne.

obenangeführten Unterſchied, daß ehelichen Kindern **bürgerliche**, unehelichen aber blos **natürliche** Alimente gebühren. Iſt der Vater nicht mehr am Leben, oder hat nichts im Vermögen, ſo muß der **väterliche Großvater** x), und wenn auch dieſer nicht mehr am Leben, oder unvermögend ſeyn ſollte, die **Mutter** für den Unterhalt der Kinder ſorgen y). Im Nothfall liegt dieſe Verbindlichkeit ſogar dem **mütterlichen Großvater** ob z). Indeß iſt das, was von dem väterlichen Großvater geſagt worden, nur in Anſehung ehelich gebohrner Kinder zu verſtehen; in Anſehung unehelicher Kinder kömmt es vielmehr darauf an, ob der Grosvater des Kindes, ſeines Sohnes Erbe worden, oder nicht. Im **erſten** Fall iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß der Grosvater zur Alimentation ſeiner unehelichen Enkel verbunden ſey. Im **zweyten** aber kan nach Rechtsgrundſätzen nicht behauptet werden, daß dem Großvater jene Verbindlichkeit obliege a), obſchon die Praxis hiervon abgeht, und ſothane Verbindlichkeit annimmt b).

Uebri-

x) *Hellfeld* In jurisprud. for. §. 1289.

y) L. 5. §. 2. 4. 14. L. 8. D. de agnoſc. vel alend. lib. *Carl Gottl. Knorr*, diſſ. de alimentis a matre liberis praeſtandis.

z) *Hellfeld* l. c.

a) *Mencken* diſſ. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praeſtanda non obligato. Quiſtorp in den Beyträgen zu verſchiedenen Rechtsmaterien, 1. Band, 1. Stück Num. 5.

b) *Wernher* P. I. obſ. 135. *Ioach. Chriſt. Rüdinger* diſſ. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praeſtanda obſtricto. Erf. 1729. Man ſehe auch Voet ad Pand. Lib. 48. Tit. 5. §. 6. *Stryck* V. M. Lib. XXV. Tit. 3. §. 3.

Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß der Ehemann auch ein ſolches Kind ernähren müſſe, welches ihm ſein abgeſchiedene Frau, nach erfolgter Eheſcheidung zu gehöriger Zeit gebohren hat, vorausgeſetzt, daß jene ihm ihre Schwangerſchaft binnen 20 Tagen, von der Trennung der Ehe an gerechnet, nach Vorſchrift der Geſetze, angekündiget hat c). Hat die abgeſchiedene Frau dieſes unterlaſſen, ſo kan der vorige Ehemann nicht eher gezwungen werden, das gebohrne Kind zu ernähren, bis bewieſen iſt, daß er auch wirklich deſſen Vater ſey d).

2) Die **Aeltern**. Dieſe müſſen, wenn ſie ſich ſelbſt nicht ernähren können, von ihren **Kindern** ernährt werden e); und zwar der Regel nach, von allen und jeden Kindern, ſie ſeyen von welchem Geſchlecht oder Grade ſie wollen; ſie ſeyen noch unter väterlicher Gewalt, oder nicht; in oder außer der Ehe gezeugt f).

3) Die **Geſchwiſter**, wenn die Aeltern nicht mehr am Leben ſind, oder nichts haben, wovon ſie die Kinder ernähren können. In ſolchen Fällen müſſen dieſe unter einander ſelbſt ſich Alimente geben, wenn eins arm iſt, und ſich ſelbſt ſein Brod nicht verdienen kan, das andere aber reich iſt g). Manche Rechtslehrer halten indeſſen dieſe Verbindlichkeit nur für eine unvollkommene, und es iſt auch würklich nicht zu leugnen, daß

c) L. 1. §. 1. 4. D. de agnoſc. vel alend. liberis.

d) L. 1. §. 7. 8. 13. de eod. *Hellfeld* in jurisprud. forenſi, §. 1287.

e) L. 5. §. 15. 16. D. de agnoſc. vel alend. lib. Nov. 117. cap. 7.

f) L. 5. §. 1. ſqq. D. all. Auth. *Licet* C. de nat. lib.

g) L. 13. §. 2. D. de adminiſtr. et peric. tut. L. 1. §. 2. de tutelae et rationib. diſtrah.

daß die Geſetze nicht ganz deutlich von einer vollkommenen Verbindlichkeit reden h).

Entferntern Anverwandten, als die Geſchwiſter ſind, liegt die Verbindlichkeit, ſich einander zu ernähren, nicht ob i).

4) **Ehegatten.** Der **Mann** muß die **Frau**, und dieſe den **Mann** ernähren, wenn derſelbe arm iſt, und ſich ſelbſt nicht forthelfen kann k). Daher iſt ſie auch, wenn er krank iſt, die Arzeneyen, das Arztlohn und andern unumgänglichen Aufwand, zu bezahlen verbunden; vorausgeſetzt, daß ſie ſelbſt Vermögen beſitzt, oder etwas verdienen kan. Dies bringt die eheliche Beyhülfe mit ſich, welche Eheleute einander wechſelſeitig leiſten müßen l).

Im

h) Die Römer ſahen ehemals dieſes um deswillen gewiſſermaßen als eine Schuldigkeit an (L. 4. D. Vbi pupillus educ. vel mor. deb.), weil zur Zeit des Kaiſers **Julian**, von dem nurangezogenes Geſetz herrührt, die *Lex Voconia* noch im Gebrauch war, vermöge deſſen die Töchter von den Erbſchaften ausgeſchloſſen waren. Man ſehe *Frid. Popp.* diſſ. de imperfecta, fratrum ſororumque ad ſe invicem alendos obligatione. Altorf. 1780.

i) Denn die Geſetze erſtrecken die Verbindlichkeit der Alimentation nicht weiter, als auf die Geſchwiſter, und in Anſehung dieſer iſt es, wie gedacht, noch zweifelhaft, ob eine vollkommene Verbindlichkeit Statt finde. *Lyncker* Vol. II. reſp. 156.

k) Sonſt iſt es zwar Regel, daß die Frau den Mann zu ernähren, nicht ſchuldig ſey L. 33. §. 1. in fine D. de donat. inter vir. et vxor. Eine Ausnahme aber iſt, wie gedacht, wenn ſich der Mann ſelber zu ernähren außer Stand befindet. L. 73. X. §. 1. D. de jure dotium. *Colerus* de alimentis; Lib. 1. Cap. 12. Num. 2.

l) L. 22. §. 7. D. Soluto matrimonio.

Im Gegentheil muß ſogar der Mann ſeine in Inquiſition gerathene Frau, ſo lange als ſie ſolche bleibt, ernähren m).

5) Bey den Römern konnte auch der **Patron** von ſeinem reichen Freygelaſſenen Alimente fordern n). Bey uns fällt dieſes weg, weil bey uns die Freylaſſung keinen beſondern Zuſtand im rechtlichen Sinn hervorbringt (§. 288). Hingegen kan heutiges Tages der verarmte **Patron einer Kirche**, von dieſer, wenn ſie einträgliche Revenüen hat, Alimente verlangen o).

6) Der **Lehnherr**. Dieſen, wenn er keine eignen Mittel hat, muß der begüterte Vaſall, aus den Revenüen des Lehngutes, wegen der gegen denſelben ihm obliegenden Dankbarkeit und Treue, ernähren p).

Was arme **prozeßführende Perſonen** betrift, deren noch in dieſem §. gedacht wird, und die ihnen deshalb zuſtehenden Rechte; ſo ſind in Anſehung derſelben eigentlich nicht Alimente, ſondern die **Proceßkoſten** gemeint. Die Ausführung dieſer Materie aber gehört in die Theorie des Prozeſſes q).

§. 345.

Der **Beklagte** iſt derjenige, welcher dem Kläger Alimente zu geben verbunden iſt, und ſich deſſen weigert.

§.

m) *Wernher* P. IV, obſ. 179. P. IX. obſ. 185.

n) L. 5. §. 18. 20. L. 9. D. de agnoſc. vel alend. lib.

o) L. 25. X. de jure patronatus.

p) *Horn* in jurisprud. feud. Cap. XVIII. §. 19. *Struve* in Synt. jur. feud. Cap. XI. num. 13. *Hellfeld* in elem. jur. feud. §. 309.

q) *Schaumburg* in princip. prax. jur. judic. Lib. I. Sect. 2. Cap. 3.

§. 346.

Das Geſuch iſt: **zu erkennen, daß Beklagter Klägern Alimente zu reichen, und ihm daher ſolche unweigerlich zu leiſten ſchuldig.**

§. 347.

Es ſtehen jedoch dieſer Alimentenklage hauptſächlich folgende **Einreden** entgegen:

1) **Kläger ſey im Stande, ſich ſelbſt zu ernähren.** Iſt dieſes der Fall — z. B. das klagende Kind iſt von einem Verwandten zum Erben eingeſetzt worden, und hat eine ſehr reiche Erbſchaft gethan, — ſo kan es die gegenwärtige Klage nicht anſtellen. Dies verſteht ſich jedoch blos von Perſonen, welchen man nach **unmittelbarer** Verordnung der Geſetze Alimente zu reichen verbunden. Denn werden die Alimente aus einer verbindlichen Handlung, z B. einem Vertrage, gefordert; ſo kömmt auf dieſen Umſtand nichts an.

2) **Er habe ſich der Alimentenforderung unwürdig gemacht.** Dieſe Einrede ſetzt ein **undankbares Benehmen** voraus, das Kläger gegen Beklagten zu Schulden kommen laſſen, z. B. ein ſolches, weswegen die Enterbung Statt findet. Weil jedoch der Kläger dieſes undankbare Benehmen leugnet, und dieſes Gelegenheit giebt, daß dieſer Umſtand in gehöriges Licht geſetzt werden muß; ſo muß inzwiſchen, und ſo lange darüber geſtritten wird, der Kläger, z. B. der Vater, dem Kinde die Alimente fortreichen, und auch die Proceßkoſten übernehmen. Daher kan das Kind bitten: **Beklagten gebührend dahin anzuhalten, daß er Klägern proviſoriſch, und inzwiſchen, bis der Punkt wegen der Undankbarkeit erörtert**

tert worden, nach richterlicher Ermäßigung ſtandesmäßig alimentire, auch ihm die zu dieſem Prozeß erforderlichen Unkoſten vorſchieße. Nun weißt ſich nach geendigtem Prozeſſe entweder aus, daß ſich der Kläger einer ſolchen gröblichen Undankbarkeit gegen den Beklagten ſchuldig gemacht hat, oder nicht. Im letztern Fall muß der Beklagte dem Kläger, nämlich dem Kinde, bürgerliche Alimente, nach wie vor, fortreichen. Im erſten Fall aber hat man zwiſchen einer ſehr großen Undankbarkeit (ingratitudo *atrox*), und einer minder großen (ingratitudo *ſimplex*) einen Unterſchied zu machen. Eine ſehr große Undankbarkeit iſt z. B., wenn das Kind dem Vater nach dem Leben getrachtet hat. Wegen einer ſolchen braucht der Vater demſelben gar keine Alimente mehr zu geben, nicht einmal mehr natürliche r). Iſt aber die Undankbarkeit nicht ſo hart, z. E. wenn das Kind den Vater nur geſchimpft hat, ſo muß der Vater demſelben wenigſtens noch natürliche Alimente geben; bürgerliche braucht er ihm nicht zu reichen s).

3) **Beklagter habe ſich bereits mit Klägern über die Alimente verglichen.** Wenn über eine Alimentenforderung ein Vergleich geſchloſſen wird, ſo betrifft er entweder rückſtändige, das iſt, ſolche Alimente, welche Jemand ſchon längſt hätte reichen ſollen; oder zukünftige. Ueber erſtere zu tranſigiren, ſteht Jedem frey; die Geſetze erkennen einen ſolchen Vergleich für gültig t). Anders verhält es ſich, wenn von zukünftigen oder ſolchen Alimenten die Rede iſt, welche Jemand erſt in Zukunft zu leiſten verbunden. In An-

r) L. 5. §. 11. D. de agnoſc. vel alend. lib.

s) L. 17. §. 1. D. de poenis.

t) L. 8. C. de transact.

Anſehung dieſer hat man zu unterſcheiden, ob Jemand vermöge der **unmittelbaren Verordnung der Geſetze**; oder kraft eines **Vertrags**, ingleichen einer **letzten Willensverordnung**, uns Alimente zu geben verbunden iſt. Iſt der Grund dieſer Verbindlichkeit eine **geſetzliche Verordnung**, ſo iſt ein Vergleich über die Alimente anderergeſtalt nicht gültig, als wenn er unter Aufſicht des Richters, nach vorhergegangener Unterſuchung, ob er dem Alimentanden vortheilhaft ſey, und nach Ertheilung des gewöhnlichen Beſtätigungsdekrets (decretum approbatorium) geſchloſſen worden. Ein auſſergerichtlich geſchloſſener Vergleich hat anderergeſtalt keine Gültigkeit, als wenn er mittelſt eines Eydſchwures befeſtiget worden, oder, falls auch dieſes nicht geſchehen ſeyn ſollte, zum Vortheil deſſen, welcher die Alimente zu fordern hat, gereicht. — Ein Gleiches iſt in dem Fall zu ſagen, wenn Jemand vermöge **eines letzten Willens**, mir Alimente zu geben, Verbindlichkeit auf ſich hat. — Wenn aber dieſe Pflicht in einem **Vertrage** gegründet iſt, dann bedarf es zur Gültigkeit eines über die Alimente zu ſchließenden Vergleichs, weder obrigkeitlicher Concurrenz, noch einer eydlichen Bekräftigung, ſondern der Vergleich hat Kraft, wenn er auch auſſergerichtlich, ohne Aufſicht des Richters, ohne mit einem Eyde befeſtiget zu ſeyn, geſchloſſen worden v). — Hieraus ergiebt ſich, in welchen Fällen die Einrede: **daß man ſich mit Klägern bereits wegen der Alimente verglichen**, von Würkung ſey, und wenn ſie mit der Replik: **der Vergleich ſey ungültig**, aus dem Wege geräumt werden könne. — Eine andere **Replik** gegen gedachte Einrede iſt: daß Klä-

v) Gründlich hat dieſes auseinandergeſetzt Lebrecht Aug. Renthe in ſeinem Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der Lehre von den Transacten, §. 37. u. ff.

Klägern der Vergleich nichts angehe; es ſey eine *res inter alios acta*. Z. B. Jemand hat eine Weibsperſon unehelich geſchwängert. Dies verbindet ihn zur Alimentation des Kindes. Geſetzt nun, er findet ſich mit der Geſchwächten ſo ab, daß dieſe die Alimentation des Kindes übernimmt, und er ihr dagegen überhaupt eine Summe Geldes auszahlt, ſo muß die Mutter zwar das Kind ernähren, allein dem Kinde ſchadet dieſer Vergleich nichts. Nun nehme man an, die Mutter ſtirbt, und das Kind wird nicht ihr Erbe, weil ſie nichts hinterläßt; oder ſie lebt noch, und hat das Abfindungsgeld durchgebracht. Hier kann deſſen ungeachtet das Kind von ſeinem unehelichen Vater die Alimente fordern. Denn hierzu hat es ein eignes Recht, welches ihm ſeine Mutter durch ihren Vergleich nicht entziehen konnte x) (§. 398).

4) **Beklagter habe keine Verbindlichkeit, Klägern zu ernähren** (§. 344).

5) **Beklagter habe kaum ſelbſt ſoviel, als er zu ſeinem Unterhalt benöthiget ſey.**

6) **Kläger habe ſchon ſeinen eigenen Haushalt angefangen.** Denn entweder iſt es eine Tochter, die ſich verheyrathet hat, oder ein Sohn. Erſtere muß von ihrem Manne ernährt werden. Klagt aber der Sohn, ſo iſt er unter jener Vorausſetzung, ſchon in dem Alter, daß er ſein Brod ſelbſt verdienen kan, und da braucht ihn der Vater nicht länger zu ernähren y).

Von

x) *Boehmer* de actionibus, Sect. II. Cap. I. §. 33.

y) *Schaumburg* in digeſtis, Lib. XXV. Tit. 3. §. 2.

Von den einem Ehemanne, der zu erlangenden Mitgift wegen, zuſtehenden Klagen.

§. 348. 349.

Mitgift, Brautgabe, Brautſchatz, Eheſteuer, Heyrathsgut (dos) heißt alles dasjenige, was dem Ehemanne von der Ehefrau, oder von einem Andern in deren Nahmen, zu Beſtreitung der mit der ehelichen Beyhülfe verknüpften Laſten und Ausgaben, verwilliget wird z). Die Mitgift läßt ſich aus verſchiedenen Geſichtspunkten betrachten, und wird nach ſolchen verſchiedentlich eingetheilt. Mit Uebergehung aller übrigen Eintheilungen, die in den Pandekten vorkommen, bemerken wir zu unſerm Endzweck blos die Eintheilung der Mitgift in **freywillige** (dos *voluntaria*), und **nothwendige** (dos *neceſſaria*). Nach dem ältern römiſchen Recht war der **Vater**, zuweilen auch die **Mutter**, (wenn nämlich der Vater arm, und dieſe reich war a), und zur **Hülfe**, das heißt, wenn die Aeltern oder Grosältern zur Ausſtattung unvermögend waren, auch der **Bruder** verbunden, ihrer ſich verheyrathenden Tochter oder Schweſter, eine Eheſteuer zu entrichten b). Dies hieß dos *neceſſaria*. **Fremde**, wohin auch

z) *I. G. Geyert* diſſ. de juribus et obligationibus circa dotem, tam ex jure romano, quam ex praxi Germaniae. Goettingae 1785. *Mar. Pg. Amoretti* de jure dotium apud Romanos, liber ſingularis. Mediolani 1788.

a) *Lauterbach* in coll. th. pract. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 16.

b) Siehe die in der Note n) o) p) zum §. 348. des Lehrbuchs angezogenen Geſetzſtellen.

auch die Mutter und die Brüder in dem Fall gehörten, wenn der Vater bemittelt war, hatten dieſe Verbindlichkeit nicht; es ſtand bey ihnen, ob ſie eine Mitgift geben wollten, oder nicht. Dies hieß dos *voluntaria*, eine freywillige Mitgift. Wegen der nothwendigen Eheſteuer bedurfte es keiner förmlichen Klage, ſondern einer bloßen Imploration des richterlichen Amtes, und es fanden ſogleich Zwangsmittel Statt. — Ob nach dem neuern römiſchen und nach deutſchem Rechte gedachte Perſonen noch die Verbindlichkeit zur Ausſteuer auf ſich haben, ob auch bey uns dos *neceſſaria* Statt finde; oder ob dies von ihrem freyen Willen abhänge? iſt eine Frage, die von den Rechtsgelehrten verſchieden beantwortet wird. Einige c) verneinen ſolche; doch nehmen ſie einige Fälle aus d). Dieſe ſuchen ihre Meinung damit zu unterſtützen. Sie ſagen: die Töchter hätten deswegen nach dem ältern römiſchen Recht ausgeſtattet werden müſſen, weil ſie einestheils ohne Eheſteuer ſo leicht keine eheliche Verſorgung gefunden hätten, und zweytens vermöge des Voconiſchen Geſetzes, von der Erbfolge ausgeſchloſſen geweſen wären: gedachtes Geſetz ſey nun aber in der Folge in Nichtgebrauch

c) *Thomaſius* in not. ad pand. Lib. XXIII. Tit. 3. pag. 237. *Beyer* ad eund. tit §. 7. *Ziegler* diſſ. de jure dot. §. 8 10. in deſſen diſſ. ſel. pag. 897. *Lyncker* reſol. 567. pag. 1025. *Leyſer* Sp. 303. Med. 11. *Hellfeld* in jurispr. for. §. 1231.

d) Dahin gehört: 1) wenn einer ſolche Güter beſitzt, welche auf die Töchter nicht vererbt werden können; welches mit Mannlehngüthern der Fall iſt; 2) wenn vermöge einer Güthergemeinſchaft unter den Eheleuten, der überlebende Gatte das Vermögen zeitlebens zu nutzen hat; 3) wenn deshalb an einem Orte beſondere Geſetze oder rechtliche Gewohnheiten vorhanden ſind.

brauch gekommen, man habe in den neuern Zeiten des römiſchen Staats die Töchter ſogar zur Erbfolge zugelaſſen, als die Söhne; mithin müſſe man behaupten, daß nach dem neuern römiſchen Rechte, und alſo auch bey uns in Deutſchland, einem Vater, ſeine Tochter auszuſtatten, keine Verbindlichkeit obliege. — Andere Rechtslehrer e) behaupten das Gegentheil, und berufen ſich darauf, daß das Voconiſche Geſetz ſchon längſt keine Gültigkeit mehr gehabt habe, als die römiſchen Geſetze dem Vater die Verbindlichkeit zur Brautgabe doch noch immer auferlegt hätten. Ob nun gleich die Meinung der letztern mehr für ſich zu haben ſcheint, als jene; ſo wird doch in der Praxis dieſer mehr nachgegangen. Eben wegen dieſer Verſchiedenheit der Meinungen der Rechtslehrer aber, iſt es am ſicherſten, daß ein Eheluſtiger ſich eine Eheſteuer verſprechen läßt; wie denn auch in verſchiedenen deutſchen Provinzen die Verbindlichkeit eines Vaters zur Ausſteuer ſeiner Tochter, durch ausdrückliche Geſetze lediglich von einem ſolchen Verſprechen abhängig gemacht worden iſt f). Iſt nun aber Jemanden ein dergleichen Verſprechen, es ſey nun vom Vater, oder von einem Andern, geſchehen; ſo finden im Nichterfüllungsfall verſchiedene Klagen

Statt,

e) Dahin gehört vorzüglich *Aemil. Lud. Hombergk.* diſſ. de obligatione patris ad conſtituendam dotem non promiſſam. Marb. 1770. 1770. Auch *Stryck* in V. Lib. XXIII. Tit. 3 §. 2. *Berger* in oecon. jur. Lib. II. Tit. 13. §. 10. not. 3. *Brunnemann* ad L. 13. D. de jur. dot. *Gail.* Lib. II. obſ. 95. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 23. Tit. 3. §. 9. *Engau* P. II. deciſ. 12. n. 2. *Peretz* ad Cod. Lib. V. tit. 11. n. 1—6. *Voetius* ad P. h. t. §. 10. *Struve* in exercitat. ad pand. exerc. 30. §. 7.

f) Z. B. in Churſachſen. In dieſen Landen iſt der Vater, ohne vorhergegangenes Verſprechen, eine Eheſteuer zu geben nicht verbunden. Deciſ. elect. XXIX. vom Jahr 1740.

Statt, welche in den folgenden Paragraphen nacheinander abgehandelt werden.

Von der actione dotis petendae, oder de dote petenda.

§. 350.

Der **Grund** dieſer Klage, welche auch ſchlechthin die *actio dotis* genennt wird g), iſt ein geſchehenes und angenommenes Verſprechen einer Mitgift; es mag nun ſolches vom **Vater** der Ehefrau h), von **dieſer** ſelbſt i), oder von einem **Dritten** k) geſchehen ſeyn, denn in jedem dieſer Fälle kan auf die Entrichtung der Ehesteuer geklagt werden. Bey den Römern war dieſe Klage die actio ex ſtipulatu, es mochte nun das Verſprechen mittelſt einer Stipulation geſchehen ſeyn, oder nicht l), weil die Geſetze eine Stipulation fingirten, wenn ſchon das Verſprechen nur mit bloßen Worten geſchehen war. Bey uns, die wir von Stipulationen nichts wiſſen, muß *actio ex pacto* angeſtellt werden, welche hier nach ihrem Endzweck, *actio dotis petendae*, oder *de dote petenda*, genennt zu werden pflegt. Wird dieſe Klage gegen den Vater der Ehefrau angeſtellt, ſo kömmt nichts dar-

g) Nov. 127. Cap. 2.

h) L. 5. pr. D. de jure dot.

i) L. 5. §. 11. D. de jure dot.

k) L. 35. D. eod. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XXIII. Tit. III. §. 7. 8.

l) L. vn. §. 1. 6. de rei vxor. act.

darauf an, ob ſolcher etwas Gewiſſes verſprochen hat, oder nicht m), denn in dieſem Fall hat der Richter die Mitgift in Rückſicht auf Vermögen, Stand und auf die etwa noch vorhandene Anzahl der übrigen Kinder des Vaters, auch in Hinſicht auf den Stand des Bräutigams, zu beſtimmen n). Ganz anders verhält ſich die Sache, wenn ein Anderer, als der Vater, eine Mitgift verſprochen hat. Hat dieſer nichts Gewiſſes verſprochen, ſo iſt das Verſprechen vergeblich, und es kan daraus nicht geklagt werden o).

§. 351.

Der Kläger iſt der Ehemann, es mag nun die Ehesteuer ihm ſelbſt, oder ſeiner Frau, oder beyden zuſammen verſprochen worden ſeyn. Der Grund, warum der Ehemann gleichwohl auf die Entrichtung der Ehesteuer klagen kan, wenn ſolche auch ihm nicht ſelbſt, ſondern nur ſeiner Ehefrau verſprochen worden, iſt kein anderer als der, weil die Ehesteuer ihrem Weſen nach, in einem ſolchen Vermögen beſteht, welches dem Ehemann zu Beſtreitung der Laſten des Eheſtandes verwilliget wird. Daher wird das der Ehefrau geſchehene Verſprechen der Ehesteuer, ſo gut angeſehen, als wenn es dem Ehemanne geſchehen wäre. Hierzu kömmt noch, daß der Ehemann während der Ehe die ſeiner Frau zuſtehenden Rechte auszuüben hat.

Iſt

m) L. 60. L. 69. §. 4. D. de jure dot. L. 3. C. de dotis promiſſ. *Leyſer* Sp 303. Med. 13. L. 19. D. de ritu nupt.

n) L. 3. C. de dot. prom. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1238.

o) L. 1. C. de dot. prom. L. 17. C. Mandati. *Hellfeld* l. c.

Iſt die Ehefrau mit Tode abgegangen, ehe noch die verſprochene Eheſteuer entrichtet worden, und dieſe iſt dem Ehemanne zugefallen, ſo kan ſolcher doch noch auf deren Entrichtung klagen.

Es kan nämlich dem Ehemanne die Eheſteuer aus einem dreyfachen Grunde zufallen:

1) vermöge eines **Vertrags**; wenn es in den Ehepacten ſo ausgemacht worden;

2) wegen eines **Verbrechens**. Dies iſt der Fall, wenn die Frau Ehebruch begangen hat, und der Mann ſich deswegen von ihr ſcheiden laſſen (§. 329);

3) kraft eines **beſondern** im Wohnorte des Ehemannes geltenden **Geſetzes**. Nach den Verordnungen dieſes Orts werden alle den Brautſchatz zum Gegenſtande habende Sachen entſchieden p). Wenn daher die Statuten dem Ehemanne nach der Frauen Tode, die Eheſteuer zuſprechen, ſo kan er ſie noch fordern, ob ſolche gleich nur erſt verſprochen worden. Dies iſt beſonders in Sachſen der Fall wo bekanntlich der Mann Mobiliarerbe ſeiner Frau iſt, und daher auch die in baarem Gelde beſtehende Eheſteuer gewinnt, geſetzt auch, daß ſolche nur verſprochen worden ſeyn ſollte q).

Außer einem ſolchen Fall aber fällt der Brautſchatz nach dem Tode der Frau an deren Erben. Denn da er zu Beſtreitung der Laſten des Eheſtandes gegeben wird, ſo hört er auf wenn die Ehe ein Ende nimmt. Das Nämliche findet Statt, wenn die Frau ſtirbt, und gar keine Eheſteuer vorher verſprochen worden iſt r).

p) L. 65. D. de judiciis.

q) *Carpzov* P. III. Conſt. 23. def. 3.

r) *Carpzov* deciſ. 16. *Leyſer* Sp. 303. Med. 11.

§. 352.

Der **Beklagte** iſt derjenige, welcher die Eheſteuer verſprochen hat; es ſey nun die Ehefrau ſelbſt, oder deren Vater, oder ein Dritter. Auch die Erben, Expromittenten und Bürgen s). In Anſehung der **Erben** des Vaters entſteht jedoch die Frage: ob ſie auch alsdenn haften, wenn der Ehemann, ohne den Brautſchatz zu bekommen, verſtorben iſt, und ob ſolchenfalls die Frau, wegen der verſprochenen Eheſteuer zu klagen berechtiget ſey? — Die Frau hat zwar kein eignes Recht wider die Erben des verſtorbenen Vaters, wegen der verſprochenen Eheſteuer zu klagen t); allein ſie kan von den Erben ihres Mannes fordern, daß ſie ihr das Recht abtreten, welches durch den Tod ihres Mannes auf ſie übergegangen iſt v). Denn dieſe hätten ja ohnehin in dem Fall, wenn das Heyrathsgut würklich eingebracht worden wäre, ihr ſelbiges nach geendigter Ehe herausgeben müſſen x).

§. 353.

Die **Bitte** geht bey dieſer Klage dahin: **zu erkennen, daß Beklagter** die **verſprochene** Ausſteuer **zu entrichten ſchuldig**. Auch Zinſen können gefordert werden, und zwar ſowohl **verſprochene**, als **Verzugszinſen**. In Anſehung der letztern hat man zu unterſcheiden, ob die Eheſteuer ſelbſt von der Ehe-

s) L. 5. §. 6. D. de jure dot. L. 55. D. Soluto matrim. dos quemadmod. petatur.

t) L. 5 C. de dot. promiſſ.

v) L. 44. §. 1. D. Solut. matrim.

x) L. vn. §. 11. C. de rei vxor. act. *Fachinaeus* in controv. jur. Lib. VIII. cap. 37.

Ehefrau, oder von ihrem Vater, oder im Gegentheil von einem Fremden verſprochen worden. Im erſten Fall entſteht die Verbindlichkeit zu Entrichtung der Verzugszinſen, gleich nach Vollziehung der Ehe y); im letztern Fall aber erſt nach zwey Jahren von Zeit der vollzogenen Ehe, mithin können auch nicht eher Verzugszinſen gefordert werden z). Eine Ausnahme iſt, wenn er die Mitgift eher zu entrichten verſprochen, oder in beſondern Geſetzen eine kürzere Zeit beſtimmt worden a).

Iſt das Heyrathsguth in verbrieften Ehepakten verſprochen worden, ſo kan nach Beſchaffenheit der Umſtände executiviſch geklagt werden b).

§. 354.

Dieſer Klage können jedoch mancherley wichtige **Einreden** entgegengeſetzt werden:

1) **Es ſey keine Ehesteuer verſprochen worden.** Hier hat der Kläger das Verſprechen zu beweiſen.

2) **Beklagter habe nichts Gewiſſes verſprochen.** Dieſe Einrede kömmt jedoch nur einem Dritten, nicht aber dem Vater der Ehefrau zu Statten (§. 350).

3)

y) *Faber* in Cod. Lib. V. Tit. 6. def. 6. *Brunnemann* ad L. fin. C. de jure dot. num. 10. *Carpzov* P. III. conſt. 23. def. 4. *Coler* de alimentis Lib. III. C. 5. N. 43.

z) *Carpzov* P. II. Conſt. 42. n. 14. *Richter* deciſ. 74. n. 18. *Leyſer* Sp. 304. Med. 18.

a) *Carpzov* l. c.

b) *Leyſer* Sp. 307. Med. 1.

3) **Beklagter habe die Mitgift nicht aus ſeinem eigenen Vermögen verſprochen.** Z. B. der Vater hat wenig im Vermögen, ſeine Tochter iſt aber ſehr reich, weil ihr von ihrem mütterlichen Groß-vater eine beträchtliche Erbſchaft zugefallen iſt. Bey ihrer Verheyrathung nun verſpricht zwar der Vater dem Schwiegerſohne eine Ausſteuer, **jedoch nur von dem Vermögen ſeiner Tochter.** Hier kan der Schwiegerſohn nicht überdies von dem Vermögen des Schwiegervaters eine Ausſtattung für ſeine Frau verlangen. Hätte aber der Schwiegervater jenes nicht ausdrücklich geſagt, ſo müßte er ihm auch aus ſeinem eigenen Vermögen etwas geben c).

4) **Es ſey vom Beklagten mehr verſprochen worden, als ſeine Pflegbefohlne im Vermögen habe.** Man nehme an, ein Vormund hat dem Bräutigam ſeiner Pflegbefohlnen zugeſagt, daß ihm letztere 1000 Thaler zur Ausſteuer zubringen ſolle, indem er in Gedanken ſteht, daß deren Vermögen, wenn alles zuſammengerechnet würde, ſoviel wohl betragen möchte. Es weißt ſich aber aus, daß das Vermögen in nicht mehr als 700 Thalern beſteht, und der Ehemann klagt daher gegen den Vormund, daß er die an der verſprochenen Summe der 1000 Thaler noch mangelnden 300 Thaler aus ſeinem eigenen Vermögen nachſchießen ſolle. Dazu iſt der Vormund nicht verbunden, denn er befand ſich in einem Irrthum d). Von ſelbſt aber verſteht ſich, daß ein Anderes Statt finden müßte, wenn er ſolches ausdrücklich verſprochen hätte.

5) **Es ſey keine Ehe erfolgt.** Dieſe Einrede iſt beſonders in den Landen von großer Wichtigkeit, wo

c) L. 7. C. de dot. prom.

d) L. 43. §. 1. D. de adm. tut. *Carpzov* l. c. def. 16.

wo die bürgerlichen Würkungen der Ehe nicht eher als nach würklicher **Beſchreitung des Ehebettes** (conſcenſio thalami) ihren Anfang nehmen, und ſie tritt in dem Fall ein, wenn die neue Ehefrau, ehe noch das Ehebette beſchritten worden, mit Tode abgegangen iſt e).

Dieſer Einrede ſteht nicht entgegen: **daß durch die Mitſchuld des Vaters, als des Promittenten, die Ehe nicht erfolgt ſey.** Denn das Verſprechen der Ehesteuer faßt die ſtillſchweigende Bedingung in ſich, **wofern die Ehe würklich erfolgt** f). Z. B. die Braut geht von dem Eheverlöbniſſe ab, und heyrathet einen Andern, und nun klagt der vorige Bräutigam wider den Vater ſeiner geweſenen Braut auf Entrichtung des verſprochenen Brautſchatzes. Dies findet nicht Statt.

6) **Die Ehe ſey bereits wieder zu Ende gegangen.** Dieſe Einrede kömmt alsdenn zur Anwendung

e) Es iſt ein Irrthum, wenn manche Rechtslehrer behaupten, daß dies in den meiſten deutſchen Reichslanden üblich ſey. Regel iſt es, daß ſchon von der prieſterlichen Trauung die bürgerlichen Würkungen der Ehe abhängen; *de Selchow* in elem. jur. germ. §. 438. *Leyſer* Sp. 292. Schott, im Eherecht, §. 167; und wird im Zweifel allemal vermuthet. Eine Ausnahme von dieſer Regel iſt aber freylich, wenn beſondere Landesgeſetze, oder die Statuten einzelner Orte die Beſchreitung des Ehebettes zur gänzlichen Vollbringung der Ehe erfordern. *Io. Flor. Rivinus* diſſ. de conſcenſione thori ad obtinendam ſucceſſionem conjugum jure elect. Saxonico, Lipſ. 1726. *Chr. Fr. Harprecht* diſſ. de conſcenſione thori conjugalis et ejus effectibus juridicis tam quoad perſonas illuſtres quam privatas. Tub. 1735. *Mart. Gottl. Pauli* progr. de conſcenſione thalami et quam late ea pateat. Vitemberg. 1777.

f) L. 21. D. de jure dotium, *Wernher* P. 1. obſ. 221.

dung, wenn der klagende Ehemann weder aus einem Vertrage, noch wegen eines von der Ehefrau begangenen Verbrechens, noch vermöge beſonderer Geſetze, nach geendigter Ehe den verſprochenen Brautſchatz gewinnt, und gleichwohl auf deſſen Entrichtung klagt (§. 351). Denn ſobald die Ehe aufhört, müßte er ſolchen, wenn er ihn ſogar ſchon bekommen hätte, der Frau oder ihren Erben wieder herausgeben. Hat er ihn alſo noch nicht bekommen, ſondern es iſt ihm ſolcher nur verſprochen worden, ſo kan er auch nicht auf die Entrichtung klagen. Denn es iſt abſurd, etwas zu fordern, was man gleich wieder herausgeben muß g). Wohl aber kan er die Verzugszinſen verlangen (§. 353).

7) **Kläger habe keine Zinſen gefordert.** Dieſe Einrede tritt alsdenn ein, wenn der Kläger den Brautſchatz ſchon erhalten hat, und hinterdrein noch Zinſen davon verlangt. Z. B. es hätte der Mann zwar den verſprochenen Brautſchatz gleich nach vollzogener Ehe von ſeinem Schwiegervater bekommen ſollen, ſolchen aber erſt einige Jahre hernach erhalten, und ohne Verzugszinſen zu fordern, oder ſolche ſich zu reſerviren, angenommen. Deshalb kan weder er, noch ſeine Erben, hintennach beſonders klagen. Denn es iſt eine ſtillſchweigende Remiſſion geſchehen.

8) **Es ſey keine Interpellation, der Eheſteuer halber geſchehen.** Auch dieſe Einrede bezieht ſich auf eine Zinßforderung. Die Interpellation iſt nöthig, wenn keine gewiſſe Zeit zum Abtrag der Eheſteuer beſtimmt geweſen. Der Schwiegerſohn hat den Schwiegervater wegen der verſprochenen Eheſteuer nicht gemahnt. Dies nimmt man für eine ſtillſchweigende Re-

g) L. 8. pr. D. de doli mali et met. except.

Remiſſion der Verzugszinſen an. Er hätte ihn durch die Interpellation erſt in den Verzögerungszuſtand ſetzen ſollen.

9) **Die Einrede der Rechtswohlthat der Competenz, oder des nothdürftigen Unterhalts.**

Auf dieſe Einrede aber dient zur **Replik: daß die Interpellation nicht nöthig geweſen,** weil

A) Beklagter die Eheſteuer zu **einer gewiſſen** Zeit zu entrichten verſprochen. In dieſem Fall tritt die Regel ein: dies interpellat pro homine h); oder

B) weil Beklagter ſchon ohne **Interpellation,** gleich nach Vollziehung der Ehe, den Brautſchatz zu entrichten, verbunden geweſen, und ſolchergeſtalt eine mora *ex re* vorhanden iſt, wo es einer Interpellation nicht bedarf i).

Unſtatthaft ſind folgende beyde Einreden:

1) **daß die Tochter, wegen des ihm, dem Vater, zugefügten Schadens, ſich der Eheſteuer unwürdig gemacht habe.** Denn der Ehemann hat aus dem angenommenen Verſprechen der Eheſteuer ſich gleich ein eignes Recht erworben, welches ihm ein Dritter, nämlich ſeine Frau, nachher durch ihre üble Aufführung gegen den Vater, nicht entziehen können. Das Verſprechen iſt hauptſächlich ihm zum Beſten geſchehen, um von der Eheſteuer den ehelichen Aufwand zu beſtreiten.

2) **Daß Beklagter (nämlich der Vater) verſchuldet ſey.** Man nehme an, der Vater verſpricht ſei-

h) L. 12. C. de contrah. et committ. ſtipul.

i) L. 46. §. 4. C. de epiſc. et cleric.

ſeiner Tochter, bey ihrer Verheyrathung, eine Eheſteuer, geräth aber nachher in Schulden, und will deßwegen ſein Verſprechen nicht halten. Dies geht nicht an, ſondern er muß ſein Verſprechen deſſenungeachtet noch erfüllen, **wenn ihm nur ſoviel gelaſſen wird, als er zu ſeinem nöthigen Unterhalt braucht;** denn es ſteht ihm das beneficium competentiae zu. Es können daher auch deſſen Gläubiger die bereits entrichtete Mitgift vom Schwiegerſohne nicht zurückfordern, wenn dieſer ſonſt dabey keinen Betrug geſpielt hat k).

Von
den einer Ehefrau, des Gegenvermächtniſſes (donatio propter nuptias) und der wiederzuerlangenden Eheſteuer wegen, zuſtehenden Klagen.

§. 355.

Die Römer verſtanden unter dem **Gegenvermächtniß**, nach der richtigern Meinung l), **alles das**jenige

k) L. 25. §. 1. in fin. D. quae in fraud. credit. L. 2. C. de revoc quae in fraud. credit.

l) *Schilter* exerc. 36. th. 86. *Thomaſius* in not. ad I. Tit. de donation. *Chriſt. Gottl. Hoffmann*, diſſ differ. jur. rom. et germanici in donatione propter nuptias. Francof. 1727 Lipſiae 1736. *Iac. Rave* diſſ. de vera indole donationis propter nuptias. Ienae 1762. *C. A. V. a. Winterfeld* diſſ. hiſtor. jur. civ. rom. de donationib. propt nupt. Francof. ad Viadr. 1776. *de Pufendorf* in obſ. jur. vniu. Tom. II. obſ. 39. Höpfner im theoret. praktiſchen Commentar zu Heineccii Inſtitutionen, §. 416.

jenige, was der Ehemann oder Jemand anders in deſſen Nahmen der Ehefrau ſchenkte, damit ſie davon im Nothfall während der Ehe, mit dem Ehemanne und der Familie leben, auch ſolche in gewiſſen Fällen gewinnen ſolle. Zur Erläuterung dieſes Begriffs iſt folgendes zu bemerken:

1) der Ehemann ſetzte der Frau eine gewiſſe Sache, z. E. ein Grundſtück aus, und verwaltete zwar ſolche, aber ſie zu veräußern oder zu verpfänden, hatte er kein Recht m).

2) Gerieth der Ehemann in ſo ſchlechte Vermögensumſtände, daß er die Frau und ſeine Familie nicht mehr ernähren konnte, ſo dienten die Nutzungen oder Einkünfte dieſer Sache dazu, daß die Frau ihn, ſich und die Kinder zur Noth davon ernähren konnte.

3) Nach geendigter Ehe fiel dieſe Sache an den Mann oder an deſſen Erben, zurück. Ausgenommen, wenn entweder in den Ehepacten feſtgeſetzt worden war, daß die Frau ſolche behalten ſollte; oder wenn Kinder in der Ehe gezeugt, und noch am Leben waren; oder durch des Mannes Schuld eine Eheſcheidung erfolgt war.

Die Meinung einiger Rechtslehrer, daß das Gegenvermächtniß, zur Sicherheit des Heyrathsguths errichtet worden ſey, ſcheint ungegründet; wenigſtens läßt ſie ſich aus den Geſetzen, die man dafür anzieht,

m) L. 29. C. de jure dot. Auth. *Permiſſa* C. de don at. ante nupt. *Tob. Iac. Reinhardt* diſſ. de vxore in donatione propter nupt. neque dominium, neque hypothecam tacitam habente. Erf. 1729.

zieht n), nicht beweiſen. Indeſſen iſt aber doch ſoviel richtig, daß die donatio propter nuptias das Einbringen eines Brautſchatzes vorausſetzte, und eben ſo viel als dieſer betragen mußte. Es kömmt jedoch auf dieſen Umſtand nichts an, indem bey uns, in Deutſchland, Gegenvermächtniſſe, im Sinn des Römiſchen Rechts, nicht leicht mehr vorkommen o), auch die Ehemänner zu deren Beſtellung keine rechtliche Schuldigkeit haben, ſondern dieſes mehr von ihrem freyen Willen abhängt p). Die Frau iſt keineswegs befugt, ein ihrem Eingebrachten gleich großes Quantum, als eine Wiederlage zu fordern; denn zur Sicherheit ihres Heyrathsguths ſowohl, als wegen ihrer eignen und der Kinder Unterhaltung, während der Ehe, ſtehen ihr andere Rechtsmittel zu, die wir im Folgenden kennen lernen

n) Man beruft ſich auf den §. 3. I. de donat. und auf den L. vlt. C. de donat. ante nupt. Allein beyde Geſetze ſagen hiervon kein Wort, ſondern nur ſoviel, daß das Gegenvermächtniß ſo gut, wie die Eheſteuer, auch nach geſchloſſener Ehe, errichtet werden könne. Blos die Stelle im Eingange des L. 20. C. de donat. ante nuptias; — vt non ſimplices donationes intelligantur, ſed *propter dotem* et *propter nuptias* factae, ſcheint die Ausleger irre geführt zu haben. Man ſieht aber leicht ein, daß Juſtinian damit nichts weiter ſagen will, als daß die Wiederlage als ein Geſchenk, welches gleichſam zur Erkenntlichkeit für die errichtete Eheſteuer und in Rückſicht auf die zwiſchen den neuen Eheleuten eingetretenen Eheſtandsverhältniſſe, gegeben worden ſey, betrachtet werden müſſe.

o) Doch mangelt es nicht an Beyſpielen, ſogar unter erlauchten Perſonen, wo man dem Römiſchen Recht genau nachgegangen iſt. *Ludolf* de jure feminarum illuſtr. P. III. pag. 40 49. ſqq.

p) *Stryck* V. M. Pand. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 14.

nen werden q). Iſt aber in den Ehepacten eine förmliche Wiederlage feſtgeſetzt worden, ſo erlangt die Frau bey uns ein temporariſches Eigenthum. Dies iſt freylich ſo lange von keiner Würkung, als ſie wegen ihres Einbringens, und wegen der Unterhaltung ihrer ſelbſt und ihrer Kinder, nichts zu beſorgen hat. Bey Eintretung eines dieſer Fälle aber, äußert ſolches inſofern ſeine Kraft, daß die Frau an das beſtimmte Quantum ſich ſo lange halten kan, bis jene Beſorgniß wegfällt.

Nach erfolgter Trennung der Ehe und Zurückgabe des Brautſchatzes, muß ſie das Gegenvermächtniß zurückzahlen, wofern ſie ſolches nicht aus einer der vorhin angegebenen Urſachen, die man noch heut zu Tage annimmt, gewinnt.

4) Die Beſtellung der donationis propter nuptias, war bey den Römern Schuldigkeit r), und lag hauptſächlich dem Ehemann oder deſſen Vater ob s); jedoch nur bedingungsweiſe, nämlich, wenn die Ehefrau einen Brautſchatz eingebracht hatte t). Andere Perſonen waren dazu nicht verbindlich, ſondern bey dieſen war es freyer Wille v). Hatten ſie ſich aber durch eine Stipulation dazu anheiſchig gemacht, ſo mußten ſie auch ihr Verſprechen erfüllen.

Was nun die **Klagen** anlangt, die der Ehefrau wegen der donationis propter nuptias zuſtehen, ſo kömmt es darauf an, ob ihr dergleichen ſchon verſprochen

q) *Leyſer* Sp. 317. Med. 1—4. Churſächſ. Deciſ. 6.

r) Auth. *Dos data* C. de donat. ante nupt.

s) Nov. 97. Cap. 1. L. 7. C de dot. prom.

t) L. vlt. C. de donat. ante nupt.

v) Nov. 61. Cap. 1.

chen worden, oder nicht. Im letztern Fall, und wenn die Frau bereits einen Brautſchatz eingebracht hat, kan ſie eine donationem propter nuptias, *actione praeſcriptis verbis* fordern x). Man nimmt gleichſam einen unbenannten Contract an, und glaubt, die Frau habe den Brautſchatz nur unter der ſtillſchweigenden Bedingung, daß ihr ein Gegenvermächtniß conſtituirt werde, gegeben. Iſt hingegen der Brautſchatz von der Frau noch nicht eingebracht, ſie aber ſolchen noch einzubringen bereit, ſo braucht ſie ſich nur einer bloßen Imploration des Richters zu bedienen. Denn, gleichwie der Brautſchatz mittelſt einer ſolchen Imploration gefordert werden konnte (§. 348.), ſo findet dieſes auch in Anſehung der donatio propter nuptias ſeine Anwendung, indem die Geſetze verordnen, daß zwiſchen dieſer Gattung von Schenkung und dem Brautſchatze eine genaue Gleichheit der Rechte Statt finden ſoll y).

Im erſtern Fall aber, d. i. wenn der Frau bereits eine *donatio propter nuptias* verſprochen worden iſt, ſie aber ſolche noch nicht erhalten hat, ſtehen derſelben, wenn der Fall eintritt, daß ſie von gedachter Schenkung Gebrauch machen müßte, zu deren Erlangung verſchiedene Klagen zu. Sie hat nicht nur

1) aus der Eheberedung, worinne ihr ſolche verſprochen worden, eine perſönliche Klage, die nach Befinden executiviſch abgefaßt werden kan z), ſondern ſie genießt auch

2)

x) Arg. L. 2. D. de praeſcriptis verbis. *Leyſer* Sp. 305. Med. 1.

y) Auth. *Aequalitas* C. de pact. convent.

z) *Leyſer* Sp. 307. Med. 1.

2) nach der gemeinen Meinung, wegen des ausgeſetzten Gegenvermächtniſſes, einer ſtillſchweigenden, wiewohl nicht privilegirten, Generalhypothek, auf den Gütern des Mannes a), und kan daher **hypothekariſch** klagen.

Ja ſie kan ſich ſogar, vorausgeſetzt, daß die Wiederlage in einer gewiſſen genau beſtimmten körperlichen Sache beſteht,

3) der **Eigenthumsklage** bedienen. Ein wichtiger Umſtand! Denn hieraus folgt, daß, wenn über des Mannes Vermögen ein Concurs entſteht, ſie ſich in denſelbigen nicht einzulaſſen braucht, ſondern das Gegenvermächtniß als das Ihrige, herausfordern kan. Dies beweiſen folgende Geſetze:

a) L. fin. pr. C. de donat. ante nupt. Darinne heißt es: *donatio ante nuptias nomine et ſubſtantia a dote nihil diſtat.* Dies heißt doch wohl nichts anders, als: **das Gegenvermächtniß iſt der Würkung nach mit dem** *dote* **einerley?** Gleichwie alſo wegen des Brautſchatzes der Frau die Eigenthumsklage zuſtehet, ſo muß ihr dieſe auch wegen des Gegenvermächtniſſes zuſtändig ſeyn.

b) L. 29. C. de jure dotium. In dieſem Geſetze ſind die Worte enthalten: *ſed ita eam poſſe easdem res* (ſcil. pro dote ſuppoſitas et ante nuptias donatione) *vindicare*,

c)

a) *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1083. wiewohl andere das Gegentheil behaupten: *de Selchow* in elem. jur. germ. §. 445. In den mehreſten Landen ſind darüber beſondere geſetzliche Verordnungen vorhanden. **Erl. Churſ. Proc. Ordn. Tit. 43. §. 3. Altenb. P. O. 1. Th. 37. Cap. §. 14.**

c) Nov. 97. Cap. 6. §. 1. Dieſe ſagt mit deutlichen Worten, daß die Frau, ſogar noch **während** der **Ehe**, die Wiederlage ſolle vindiciren können, wenn ſich eine Beſorgniß der Art, wie oben gedacht worden, hervorthäte. Die Worte ſind: *cum etiam antenuptialis donationis res vindicare etiam conſtante matrimonio dederimus ei, et poſteriori periculo omnino liberari.*

§. 356.

Die der **Wiedererlangung** des **Brautſchatzes** wegen Statt findenden Klagen, ſind theils **petitoriſche**, theils **poſſeſſoriſche**. Zuerſt von den **Petitorienklagen**, welche wieder theils in **dinglichen**, theils in **perſönlichen** beſtehen.

Die **dinglichen** ſind:

1) die **hypothekariſche** Klage. Denn die Frau hat wegen ihres Brautſchatzes, auf ſämmtlichen Gütern ihres Mannes eine ſtillſchweigende b) und zwar privilegirte Hypothek, vermöge deren ſie allen andern Gläubigern, ſogar ſolchen, die ſchon vorher auf des Mannes Gütern ein Pfandrecht hatten, vorgeht c).

2) Die **Eigenthumsklage**, wenn die Mitgift in einer **noch vorhandenen gewiſſen, beſtimmten körperlichen** Sache (certa ſpecies) beſteht, und die Ehe bereits ihre Endſchaft erreicht hat. Vor geendigter Ehe kan ſie, woferne nicht der Mann ohne ihr Verſchulden verarmt, d. i. den ehelichen Aufwand zu beſtreiten, unvermögend wird, die Mitgift nicht vindiciren

b) L. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. Nov. 97. Cap. 2.

c) L. 12. §. 1. C. Qui potior. in pignore.

tiren d). Hat die Mitgift nicht in einer ſpecie, ſondern in einer Summe Geldes beſtanden, ſo findet wider einen Dritten die Eigenthumsklage auch nicht Statt e), ſondern in einem ſolchen Fall muß ſie die Hypothekarienklage anſtellen, welcher ſie ſich beſonders auch in dem Fall bedienen kan, wenn die Gläubiger ihres verſchuldeten Mannes, in deſſen Güter immittirt worden f).

Die perſönlichen Klagen hingegen ſind:

1) die *actio perſonalis ex teſtamento*, wenn ihr der Mann den Brautſchatz im Teſtamente vermacht hat, welches ein praelegatum dotis genannt wird. Davon hat ſie einen doppelten Vortheil. **Einmal**, daß wenn der Brautſchatz in beweglichen Sachen, z. B. in Gelde beſteht, ſie ſelbigen ſogleich nach des Mannes Tode fordern kan, ſtatt daß ſie ſonſt ein Jahr warten müßte g). **Zweytens**, daß ſie nicht zu erweiſen braucht, wieviel ſie dem Manne zugebracht hat, wenn dieſer nur eine gewiſſe Summe in ſeinem letzten Willen ausgedrückt hat h). Sie muß es jedoch mit den Erben des Mannes, und nicht mit deſſen Gläubigern zu thun haben.

2) Die gleich näher kennen zu lernende *actio dotis repetendae*.

Alle

d) *Faber* in Cod. Lib. V. Tit. 7. def. 10. L. 29. C. de jure dot. L. 9. C. de rei vindic. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XXIII. Tit. 5. §. 18. *Wernher* P. II. obſ. 386.

e) *Wernher* P. V. obſ. 49.

f) *Leyſer* Sp. 317. Med. 5.

g) §. 15. I. de legat. L. vn. §. 6. C. de rei vxor. act.

h) §. 15. I. cit. L. 1. §. 7. D. de dot. praeleg.

Alle dieſe Klagen ſind in Anſehung der Würkung gar ſehr von einander unterſchieden. Bedient ſie ſich der **Eigenthumsklage**, ſo hat ſie nicht nöthig, in den Concurs ſich einzulaſſen, welcher etwa über ihres Mannes Vermögen entſtanden iſt, und dem Manne kömmt wegen der vindicirten Sache kein beneficium competentiae zu Statt n, denn ſie fordert ſolche als etwas untheilbares zurück. Klagt ſie hingegen mittelſt einer perſönlichen Klage, ſo wird ſie mit in den Concurs gezogen, doch kömmt ſie mit in die Claſſe der privilegirten Gläubiger. Hier ſteht auch dem Manne, und nach deſſen Tode deſſen ehelichen Kindern, das beneficium competentiae zu i).

Von der actione dotis repetendae oder pro dote repetenda, ſonſt actio rei vxoriae genannt.

§. 357.

Der Grund dieſer Klage iſt die **Verbindlichkeit zur Zurückgabe der eingebrachten Eheſteuer.**

Dieſe Verbindlichkeit entſpringt ſelbſt aus dem Weſen der Eheſteuer, denn ſie wird dem Manne nicht unwiederruflich, ſondern zur Beſtreitung der Laſten des ehelichen Standes verwilliget. Iſt daher kein ehelicher Zuſtand mehr vorhanden, ſo muß auch der Brautſchatz wieder zurückgegeben werden k). Sonſt hieß die Klage, welche die Ehefrau nach geendigter Ehe auf die Wie-

i) L. vn. §. 7. C. de rei vxor. act. L. 18. pr. D. Soluto matrim.

k) L. 20. C. de jure dot.

Wiedererſtattung des Brautſchatzes anzuſtellen hatte, actio rei vxoriae l), und dieſe war eine actio bonae fidei. Juſtinian aber hat ſolche im L. vn. C. de rei vxor. act. in eine actionem ex ſtipulatu verwandelt, um dadurch die Verbindlichkeit zur Wiedererſtattung der Eheſteuer, nach geendigter Ehe, deſto ſtärker zu machen. Er verordnete dabey

1) daß dieſe Klage Statt haben ſolle, es möchte ausdrücklich vorher eine Stipulation eingegangen worden ſeyn, oder nicht; im letztern Falle ſolle nichts deſtoweniger actio ex ſtipulatu Statt finden und angenommen werden, daß würklich eine Stipulation geſchehen ſey.

2) Daß ſie, wie ſonſt die actio rei vxoriae, eine actio *bonae fidei* ſeyn ſollte m).

Hierdurch hat denn dieſe Klage, ſo zu ſagen, eine ſich ſelbſt widerſprechende Natur bekommen. Theils, weil ſie eine actio ex ſtipulatu ſeyn ſoll, obgleich keine Stipulation vorhergegangen; theils weil ſie *bonae fidei* ſeyn ſoll, da doch ſonſt die actio ex ſtipulatu eine actio *ſtricti iuris* iſt.

Heutiges Tages hat man darauf zu ſehen, ob die Zurückgabe der Eheſteuer durch einen ausdrücklichen Vertrag verſprochen worden, oder nicht. Im erſten Fall wird die actio dotis repetendae mit ſothanem Vertrage, im letztern Fall hingegen mit der unmittelbaren Verordnung der Geſetze begründet, mithin gilt noch das, was Juſtinian verordnet hat, inſofern nicht

 bey

l) Quia per eam *res vxoris* repetuntur.

m) §. 29. I. de action. L. vn. §. 1. 6. C. de rei vxor. act.

bey dieſen Verordnungen blos römiſche, bey uns nicht mehr anwendbare Grundſätze, zum Grunde liegen n).

Das Einbringen der Eheſteuer muß, weil es in facto beruht, nöthigenfalls erwieſen werden, zumal da die Rechte in zweifelhaften Fällen die Vermuthung gelten laſſen, daß alle Güter dem Ehemanne zugehören o). Dieſer Beweis kan geführt werden:

1) durch **Zeugen**, und zwar werden hier auch teſtes domeſtici, **Aeltern, Geſchwiſter, u. ſ. w.** zugelaſſen p);

2) durch **Urkunden**, z. B. durch das ſchriftliche Bekenntniß des Mannes — durch die Ehepacten;

3) durch die **Eydeszuſchiebung**;

4) durch **Vermuthungen**.

So wird vermuthet, daß, wenn eine Witwe ſich anderweit verheyrathet, und ihrem erſten Manne einen Brautſchatz zugebracht hat, daß ſie dieſen dem zweyten Manne ebenfalls zugebracht habe q); nur muß bewieſen ſeyn, daß ſie ihrem erſten Mann etwas zugebracht, daß dieſes ein Brautſchatz geweſen ſey, und daß ſie eben dies auch bey dem zweyten Manne noch beſeſſen.

Aus rechtlicher Gunſt gegen die Eheſteuer, bedarf es aber eben keines ſolennen Beweiſes, ſondern es wird eine bloße **Beſcheinigung** für hinreichend gehalten.

n) *Boehmer* de action. Sect. II. Cap. 7. §. 14.

o) L. 51. D. de donat. int. vir. et vxor. L. 6. C. eod. *Leyſer* Sp. 318.

p) *Leyſer* Sp. 283. Med. 23. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1278.

q) L. 30. D. de jure dot. *Faber* in Cod. Lib. V. Tit. 7. def. 18. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1239.

ten. Daher wird die Ehefrau gar leicht zum Erfüllungseyde gelaſſen, wenn ſie nur einigermaßen das Einbringen der Ehesteuer erweißlich machen kan r).

In der Regel kan die Ehefrau die Mitgabe nicht eher zurückfordern, als wenn die Ehe durch den Tod, oder durch Eheſcheidung, ihre Endſchaft erreicht hat s). Dieſe Regel aber leidet aber in zwey Fällen eine Ausnahme:

1) wenn die Frau ihr Eingebrachtes zu ihrem eigenen, oder ihrer Kinder Unterhalte ſelbſt nothwendig braucht t);

2) wenn ſich Anſchein hervorthut, daß der Mann zur dereinſtigen Wiedererſtattung des Brautſchatzes nicht mehr hinlängliches Vermögen haben möchte v). Daß über des Mannes Vermögen ſchon ein Concurs entſtanden ſeyn müſſe, iſt nicht erforderlich, denn wenn der Mann in Verfall ſeines Vermögens geräth, ſo braucht ſie nicht ſo lange zu warten, bis ihr andere Gläubiger zuvorkommen. — Geſetzt auch, der Mann wäre noch nicht verſchuldet, aber ein Verſchwender, der ſein Vermögen durchzubringen anfängt, ſo kan ſie, der ſich hervorthuenden Unſicherheit halber, Caution verlangen. Will ihr der Mann ſolche nicht beſtellen, ſo fordert ſie die in Natur noch vorhandenen Sachen zurück, und wegen der übrigen nicht mehr vorhandenen Sachen, z. E. wegen des ausgegebenen Geldes, klagt ſie

r) *Leyſer* Sp. 320. Med. 8. ſqq. *Hellfeld* §. 1278.

s) *Hellfeld* §. 1276.

t) L. 73. §. 1. D. de jure dot. L. 20. 21. D. Soluto matrim.

v) L. 24. pr. §. 1. ſqq. Solut. matrim. L. 39. C. de jure dot. *Leyſer* Sp. 317. Med. 1. ſqq.

ſie hypothekariſch, daß die Güter des Mannes verkauft, und ſie von dem Kaufgelde befriediget werde x).

Es mag nun aber aus dieſer oder aus jener Urſache das Heyrathsguth noch während der Ehe von der Frau zurückgefordert werden, ſo muß ſie dieſer Urſache im Klagſchreiben gedenken.

§. 358.

Der **Kläger** iſt die Ehefrau, oder deren Erben. Klagt jene, ſo kömmt nichts darauf an, ob ſie ſich im Beſitze der Güter des Mannes befindet, oder nicht, denn ihr Recht gründet ſich nicht auf dieſen Beſitz, ſondern auf des Beklagten Verbindlichkeit zur Zurückgabe der Eheſteuer. — Bey den Römern konnte der Brautſchatz, wenn er von dem Vater der Ehefrau herrührte, von letzterer ſelbſt nur in dem Fall zurückgefordert werden, wenn ſie ſich nicht mehr unter der väterlichen Gewalt befand, denn durch das Heraustreten aus dieſer erlangte ſie erſt den Brautſchatz völlig zu eigen y), und nach ihrem Tode gieng dieſes Recht auf ihre nächſten Erben über. Hatte hingegen der Vater ſeine zur Ehe ſchreitende Tochter bey der Ausſtattung nicht ausdrücklich der väterlichen Gewalt entlaſſen, ſo wurde der Brautſchatz ein peculium profectitium, die Tochter aber blieb deſſenungeachtet der väterlichen Gewalt unterworfen, ihre Heyrath befreyete ſie davon nicht. Wenn daher die Ehe durch ihren, oder ihres Mannes Tod ſich en-

x) L. 30. C. de jure dotium. *Leyſer* Sp. 317. Med. 1—4.

y) L. vn. §. 6. C. de rei vxor. act.

endigte, ſo fiel der Brautſchatz an ihren Vater zurück, obgleich Kinder aus der Ehe vorhanden waren z).

Nach **deutſchen** Rechten und Gewohnheiten gehen bekanntlich die Töchter, wenn ſie ſich verheyrathen, aus der väterlichen Gewalt; daher findet bey uns eben das Statt, was bey den Römern Rechtens war, wenn der Vater die Tochter emancipirt hatte a).

Wenn ein Fremder die Eheſteuer entrichtet hat b), ſo kömmt es darauf an, ob er ſich **ausdrücklich** ausbedungen hat, daß ihm ſolche nach geendigter Ehe wiedererſtattet werden ſoll, oder nicht. Im erſten Fall kan die Eheſteuer von der Frau nicht zurückgefordert werden, ſondern hier geſchieht es von dem Geber, und zwar actione *ex ſtipulatu*, wenn er ſich die Zurückgabe mittelſt einer Stipulation ausbedungen hat; actione *praeſcriptis verbis* hingegen, wenn keine Stipulation geſchehen c). Nur muß er ſich die Wiedergabe **ausdrücklich** ausbedungen haben, denn hier wird keine ſtillſchweigende Stipulation angenommen d). In Ermanglung einer dergleichen **ausdrücklichen** Ausbedingung alſo wird der gegebene Brautſchatz als ein der Ehefrau gemachtes Geſchenk angeſehen, welches dieſe und

z) L. 6. pr. D. de jure dot.

a) *Stryck* V. M. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 12.

b) Wer unter einem Fremden zu verſtehen ſey, iſt bereits oben (§. 348.) vorgekommen. Man ſehe auch L. vn. §. 13 in fine, C. de rei vxor. act.

c) L. vn. §. 13. C. alleg. Hier kömmt der Frau die Eigenthumsklage zu Statten, wenn die Eheſteuer noch in Natur vorhanden; auſſerdem aber die hypothekariſche Klage.

d) L. vn. §. 13. C. alleg.

und ihre Erben dereinſt von dem Ehemanne zurückfordern können.

§. 359.

Der **Beklagte** iſt der Ehemann, ingleichen deſſen Erben; ferner: der **Expromittent**, oder **Bürge**, welcher für den Mann wegen Wiederbezahlung des Brautſchatzes gut geſagt hat; auch die **Obrigkeit** (fiſcus), wenn ſolche die Güter des Mannes, wegen ſeines Verbrechens eingezogen e); ja zuweilen ſogar der **Vater** des Ehemannes.

Beſonders iſt es, daß der Ehemann auch alsdenn in Anſpruch genommen werden kan, wenn er gleich die geklagte Eheſteuer nicht erhalten, jedoch in der Eheberedung, oder in einer Handſchrift, ſolche empfangen zu haben, bekannt hat. Nur muß ſeit der abgeſchloſſenen Eheberedung, oder ſeit Ausſtellung der Handſchrift, die geſetzliche Zeit bereits verſtrichen ſeyn, nach deren Ablauf die Einrede, **daß keine Eheſteuer ausgezahlt worden**, kraftlos entgegen geſetzt wird f). Was dieſe Zeit anbetrift, ſo hat man **drey** Fälle zu unterſcheiden.

1) Wenn die Ehe **binnen** zwey Jahren, von der Zeit ihrer Schließung an gerechnet, getrennt wird.

2) Wenn ſie **nach** zwey Jahren, aber doch binnen zehen Jahren geendiget wird.

3) Wenn ſie **nach zehen** Jahren zu Ende geht.

Im

e) L. 31. pr. D. Soluto matrim. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 9.

f) L. 3. C. de dote caut. Auth. *Quod locum habet.* C. eod.

Im erſten Fall wird entweder binnen einem Jahre auf die Zurückgabe des Heyrathsguths geklagt; oder nach Verfließung eines Jahrs. Wird binnen einem Jahre geklagt, ſo kan der Ehemann die Einrede, daß er nichts zur Ehesteuer erhalten, (exceptio non numeratae dotis) entgegen ſetzen,. und dieſe hat die Würkung, daß der Kläger die würkliche Auszahlung des Brautſchatzes, auf andere Art als durch das ſchriftliche Bekenntniß des Ehemannes, beweiſen muß. Iſt aber nach Ablauf eines Jahrs geklagt worden; ſo muß der Beklagte den Brautſchatz ſchlechterdings zurückzahlen, und es hilft ihm nichts, wenn er auch beweiſen wollte, er habe nichts erhalten.

Ereignet ſich der zweyte Fall, daß nämlich die Ehe nach zwey Jahren, aber doch noch vor Ablauf von zehn Jahren getrennt wird, ſo kan ſich der Beklagte zwar mit der Einrede, daß er nichts zur Ehesteuer erhalten, ſchützen, wenn er binnen drey Monaten, von der Trennung der Ehe an gerechnet, auf die Wiedererſtattung des Brautſchatzes belangt wird; geſchieht ſolches aber nach drey Monaten, ſo haftet er ſchlechterdings.

Wird endlich drittens die Ehe, nachdem ſie bereits zehn Jahre gedauert hatte, getrennt, ſo findet die exceptio non numeratae dotis gar nicht weiter Statt, und der Beklagte muß das Heyrathsgut ſchlechterdings wieder erſtatten.

Mehreres von dieſer Einrede wird unten (§. 874. u. ff.) vorkommen.

Nach dem Obigen findet gegenwärtige Klage zuweilen auch wider den Vater des Ehemannes Statt. Bey den Römern war dieſes der Fall, wenn der Ehemann noch unter der väterlichen Gewalt ſtand, und die

Ehe-

Eheſteuer deſſen Vater gegeben worden war. Bey uns dürfte ſich aber dieſes ſchwerlich ereignen g).

§. 360.

Das Geſuch wird auf die Wiederherausgabe der Eheſteuer und auf die Leiſtung anderer damit verknüpften Verbindlichkeiten, gerichtet. — In Anſehung der Reſtitution des Brautſchatzes hat man folgendes zu bemerken:

1) Beſteht ſolcher in einer **Quantität**, z. B. in einer Summe Geldes, ſo muß der Beklagte ebenſoviel in gleicher Güte wieder geben h).

2) Beſteht die Eheſteuer in einer **individuellen** Sache (ſpecies) und iſt ſie dem Ehemann **ohne Werthsbeſtimmung** (dos *inaeſtimata*) gegeben worden; ſo muß die nämliche Sache wiedergegeben werden, und zwar ſowohl mit ihrem Zuwachs i), als mit den **vor** und **nach** der Ehe eingehobenen Nutzungen k); denn dem Manne gehören nur die Nutzungen, welche er während der Ehe erhoben hat.

3) Iſt die in einer **individuellen** Sache beſtehende Eheſteuer **für einen gewiſſen Preiß angeſchlagen** (dos *aeſtimata*), und dem Ehemann gegeben wor-

g) Siehe die Note a) zum §. 351. des Lehrbuchs.

h) L. 42. D. de jure dot. L. vn. §. 9. C. de rei vxor. act.

i) L. 10. §. 1. D. de jure dot.

k) L. 7. §. 1. D. de jure dot. wo es heißt: *Si fructus ante nuptias percepti fuerint, in dotem convertuntur, niſi forte aliquid inter maritum futurum et deſtinatam vxorem convenit: tunc enim, quaſi donatione facta fructus non redduntur.*

worden, ſo kan die Abſicht doppelt geweſen ſeyn. Entweder daß die Eheſteuer dem Manne für den geſetzten Preis verkauft ſeyn ſolle (dos *venditionis cauſa aeſtimata*), oder blos zu dem Ende, daß dereinſt nach getrennter Ehe, wo nöthig, der Werth bekannt ſeyn möge, welchen die Eheſteuer zu der Zeit hatte, als ſie dem Manne gegeben wurde (dos *taxationis cauſa aeſtimata*). Iſt das erſte, ſo iſt der Ehemann völliger Eigenthumsherr des Brautſchatzes geworden, und braucht nach getrennter Ehe nur den Preiß zu erſetzen, für welchen ihm ſolche angeſchlagen worden l). Im letztern Fall aber kömmt es darauf an, ob die Sache noch in Natur vorhanden iſt. Iſt dieſes, ſo muß ſie zurückgegeben werden. Im gegentheiligen Fall iſt der Werth, wofür ſie angeſchlagen worden, zu reſtituiren m).

Mit der Wiederherausgabe der Eheſteuer, als der Hauptverbindlichkeit des Beklagten, ſind aber auch gewiſſe Nebenverbindlichkeiten verknüpft, welche derſelbe erfüllen muß. Dahin gehört: die Entrichtung der Verzugszinſen n), und der Erſatz des durch des Mannes Betrug oder Verſchulden verurſachten Schadens o); denn der Mann hat culpam levem zu präſtiren p).

Es

l) L. 5. 10. C. Solut. matrimon.

m) L. 21. C. de jure dot.

n) L. vn. §. 7. C. de rei vxor. act.

o) L. 18. §. 1. L. 66. pr. L. 67. D. Solut. matrimon.

p) L. 25. §. 1. D. eod. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 12.

Es kan auch das Gegenvermächtniß mit der Eheſteuer gefordert werden, wenn die Ehe wegen des Mannes Ehebruchs getrennt worden (§. 329) q); dieſe Strafe mag übrigens weder durch einen Vertrag, noch durch beſondere Geſetze des Orts feſtgeſetzt ſeyn r).

§. 361.

Einreden ſind:

1) **Es ſey keine Eheſteuer eingebracht worden.** Hier muß das Einbringen des Brautſchatzes von der Ehefrau, oder deren Erben erwieſen werden (§. 357).

2) **Klägerin habe ſolche bereits reſtituirt erhalten.** Dies hat der Beklagte zu beweiſen, wenn zuvor die Illation von der Klägerin dargethan iſt.

3) **Die Ehe ſey noch nicht geendiget.** Auf dieſe Einrede aber dienen die Fälle, in welchen der Ehefrau, noch während der Ehe den Brautſchatz zurückzufordern verſtattet iſt (§. 357.), zur Replik, die aber, wie gedacht, dem Klagſchreiben einverleibt werden muß.

4) **Die Sache ſey ohne Beklagtens Verſchulden zu Grunde gegangen.** Dieſes muß aber der Beklagte beweiſen. Es kan jedoch hierauf von Klägern replicirt werden: **Beklagter habe die Sache käuflich in Anſchlag, mithin auch, als Eigenthümer, mit den Vortheilen, alle Gefahr übernommen** s).

5)

q) L. 8. §. 4. in fin. C. de repud.

r) *Carpzov* P. IV. conſt. 21. def. 3.

s) L. 5. L. 10. C. de jure dot.

5) **Es gebühre Beklagtem die Mitgift**, vermöge der Statuten, oder der Ehepacten. So erbt z. B. nach Sachſen-Recht der Mann alle Mobilien der Frau, und die etwan vorhandenen Kinder können, im Mangel unbeweglicher Güter, nur den Pflichttheil davon fordern.

6) **Klägerin habe ſich der Eheſteuer, wegen ihres Verbrechens verluſtig gemacht.** Wenn ſie z. B. Ehebruch begangen (§. 329).

7) **Es komme Beklagtem die rechtliche Wohlthat des nothdürftigen Unterhalts** (beneficium competentiae) **zu Statten.** Wenn die Eheſteuer in einer Quantität beſteht, ſo muß dem Manne ſoviel gelaſſen werden, als er zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils, zu ſeinem nöthigen Unterhalt bedarf t); nur muß er die Eheſteuer, oder auch das Seinige nicht vorſätzlich zum Nachtheil der Frau durchgebracht haben v); denn wenn dies der Fall ſeyn ſollte, ſo giebt es wider jene Einrede eine Replik ab. Uebrigens kömmt die **Wohlthat des nothdürftigen Unterhalts** auch den mit dem Ehemanne erzeugten Kindern x), ingleichen dem Schwiegervater y), keinesweges aber andern Erben des Mannes z) zu Statten.

8)

t) L. 15. pr. D. Solut. matrim. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 13.

v) L. 18 §. 1. D. Solut. matrim. *Lauterbach* l. c.

x) L. 18. pr. D. Solut. matrim.

y) L. 15. §. fin. D. eod.

z) L. 24. §. 1. L. 25. D. de re judic.

8) **Es ſey noch kein Jahr verſtrichen.** Bewegliche und unkörperliche Sachen können erſt nach Verlauf eines Jahres zurückgefordert werden a), und wenn es zu dieſer Zeit nicht geſchieht, ſind Verzugszinſen zu entrichten b).

§. 362.

Die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel (§. 356), welche einer Ehefrau, der Wiedererlangung ihres Brautſchatzes wegen, zuſtehen, ſind theils **gerichtliche**, theils ein **außergerichtliches**.

Zu jenen gehört:

1) Das *Interdictum imperiale recuperandae poſſeſſionis ex L. vlt. C. de acquir. poſſ.* (§. 212). Dies geht vornehmlich auf die Wiedererlangung des Beſitzes der eigenen Dotalgüter der Frau, welche ihr Mann bisher inne gehabt hat.

2) Die **Spolienklage**. Dieſer kan ſie ſich bedienen, wenn ſie nach des Mannes Tode, an deſſen Gütern das Retentionsrecht ausüben will, und ihr der Beſitz dieſer Güter von den Erben oder Gläubigern deſſelben entzogen wird. Denn dieſe Klage iſt auch einem **bloßen Inhaber** einer Sache (nudo detentori) zuſtändig, wenn er des Beſitzes eigenmächtigerweiſe von Jemanden entſetzt worden.

Hierbey iſt aber die Frage zu erörtern: **Geht es nicht an, daß die Frau nach ihres Mannes Tode, von ihrem Eingebrachten eigenmächtigerweiſe Beſitz nehmen kann?** — Wenn Niemand vor-

a) L. vn. §. 7. C. de rei vxor. act.

b) L. vn. §. 7. C. alleg.

vorhanden iſt, der ſich ihr hierinne widerſetzt, ſo iſt ihr ſolches unverwehrt, denn ſie greift nach dem Ihrigen, und erlangt die Ausübung der Eigenthumsrechte über das Heyrathsgut, ſobald die Ehe aufhört c). Werden ihr aber deshalb von den Erben oder Gläubigern des Mannes. Hinderniſſe in den Weg gelegt, ſo darf ſie es nicht thun; widrigenfalls begeht ſie ein Spolium, und ſetzt ſich ſelbſt einer Spolienklage aus d).

Das außergerichtliche Rechtsmittel, deſſen ſich die Frau, um wegen der Wiedererlangung des Brautſchatzes ſicher zu ſeyn, bedienen kan, iſt das Retentionsrecht e). Dies ſteht ihr, wegen der an den Gütern des Mannes, in Anſehung ihres Eingebrachten, habenden ſtillſchweigenden Hypothek zu, und ſie kan ſich deſſen nicht nur bey Lebzeiten des Mannes, wenn derſelbe zu verarmen anfängt f), wider ihn ſelbſt, und wider Andere, ſondern auch nach deſſen Tode wider ſeine Erben und Gläubiger bedienen g). Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß ihr dieſes Rechtsmittel anderergeſtalt nicht zu Statten kommen könne, als wenn ſie ſich im Beſitz der Güter ihres Mannes befindet; dies folgt aus dem Begriff der Retention, welche nichts anders iſt als continuatio poſſeſſionis. Iſt ſie

c) *Faber* in eod. Lib. V. Tit. 13. def. 10. num. 7.

d) L. 9. C. Sol. matrim. *Faber* l. c.

e) Sächſiſches Weichbild, Art. 57. §. Habt ihr aber, u. ſ. w. *Colerus* de proceſſib. execut. P. I. cap. 2. num. 189. ſeqq. *Berlich* in concl. practic. P. II. concl. 32. *Lauterbach* diſſ. de retentione. th. 10. ſeqq. *Conr. Wilh. Strecker* diſſ. de eo, quod juſtum eſt circa jus retentionis, §. 6. ſqq. Erford. 1737.

f) *Berlich* P. II. concl. 32. num. 6.

g) *Berlich*, l. c.

ſie daher nicht im Beſitz, z. B. ihre Stiefkinder haben, außer dem Hauſe, worinne ſie wohnt, alle Grundſtücke des verſtorbenen Mannes, gleich nach deſſen Tode in Beſitz genommen —, ſo muß ſie wider ſelbige die actionem dotis repetendae anſtellen. Jedoch kan ſie wider die Vertheilung und Veräußerung der Erbſchaftsgüter, welche die Kinder etwa vorzunehmen gedenken, proteſtiren und den Richter bitten, daß er *proviſionaliter* ihnen die Vertheilung und Veräußerung ſo lange unterſage, bis ſie wegen ihrer Illaten vollkommen befriediget worden. Ein Recht hierzu hat ſie wegen der ihr an dem Vermögen ihres verſtorbenen Mannes zuſtehenden ſtillſchweigenden Hypothek, und damit ſie nach geſchehener Vertheilung und Veräußerung, einen jeden Erben oder Beſitzer, actione perſonali oder hypothecaria, beſonders zu belangen nicht nöthig habe. Der Richter darf auch dieſes Geſuch nicht abſchlagen, ſondern er muß die gebetene Inhibition verfügen. Indeſſen können die Imploraten nachher die Aufhebung ſolcher Inhibition dadurch bewürken, daß ſie ſich erbieten, Caution durch Bürgen oder Pfand auf ſo hoch zu beſtellen, als der Implorantin Forderung beträgt. Wenn ſie nun ſelbige würklich beſtellen, ſo iſt die Inhibition wieder aufzuheben.

Iſt nun aber die Frau im Beſitz der Güter des verſtorbenen Mannes, ſo unterzieht ſie ſich entweder zugleich der Verwaltung derſelben, oder nicht. Im erſten Fall hat ſie alle Verbindlichkeiten, die einem Verwalter fremder Güter obliegen. Sie muß ein Inventarium oder eine eydliche Specification fertigen, und am Ende auch Rechnung ablegen; während der Verwaltungszeit aber zieht ſie aus den Gütern ihren nothdürftigen Unterhalt, ſoviel als die Nutzungen ihrer Eheſteuer ausmachen, welche nämlich mit dem Unter-

halte

halte compenſirt werden. Was übrig bleibt, muß ſie den Erben des Mannes herausgeben h). Wäre es aber, daß die Frau ſich mit keiner Verwaltung befaßte, ſondern nur im bloßen Beſitz bliebe; ſo müſſen ihr die Erben des Mannes ſo lange, bis ſie ihre Eheſteuer wiederbekömmt, Alimente reichen, und zwar nach dem Verhältniß der Nutzungen der Eheſteuer, als welche unterdeſſen die Erben des Mannes einziehen. Betragen alſo dieſe Nutzungen mehr, als die Alimente, welche man ihr verabreicht, ſo muß ihr der Ueberſchuß noch nachgezahlt werden.

Dieſe Grundſätze rühren noch aus der ehemaligen faſt allgemein in Deutſchland üblich geweſenen Gütergemeinſchaft unter den Eheleuten her i).

Man hat jedoch in Anſehung des Retentionsrechts der Ehefrau, überhaupt zu merken, daß ſolches ihr nur inſoweit, als es ihre Sicherheit erfordert, zuſteht. Daher hat ſie dies Recht eben nicht allemal an allen und jeden Gütern des Mannes, ſondern nur an ſo vielen, als zu ihrer Sicherheit hinreichend ſind k).

Von

h) *Carpzov* Lib. IV. reſp. 21.

i) *Stryck* V. M. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 17.

k) *Gail* Lib. II. obſ, 92. n. 12. 13. *Carpzov* P. II. Conſt. 25. def. 11.

Von
der actione donationis propter nuptias repetendae.

§. 363.

Den Grund dieſer Klage macht die Verbindlichkeit aus, die donationem propter nuptias nach geendigter Ehe zu reſtituiren, welche Verbindlichkeit aus einem Vertrage, oder außerdem ſchon ſelbſt aus der Natur der donatio propter nuptias entſpringt. Beſteht die donatio propter nuptias in einer individuellen körperlichen Sache; ſo kan ſie von jedem Beſitzer vindicirt werden. Da die römiſche donatio propter nuptias bey uns in Deutſchland faſt ganz außer Mode iſt, wenigſtens nicht leicht vorkömmt; ſo ſind die Fälle höchſt ſelten, wo von dieſer Klage Gebrauch gemacht wird. Das in Deutſchland unter Perſonen von Adel übliche Gegenvermächtniß, welches man auch donationem propter nuptias zu nennen pflegt, und wovon im deutſchen Recht gehandelt wird l), kan ſeiner Natur nach nicht zurückgefordert werden.

§. 363 a.

Der Kläger iſt der Ehemann, oder deſſen Erbe; die Wiederlage mag nun von ihm ſelbſt, oder von einem Andern herrühren m).

§.

l) *K. S. W. Grolmann* diſſ. de donat. propt. nuptias, vidualitio, atque dotalitio, praecipue de eorum effectib s et accurata a ſe invicem diſtinctione. Marp. 1795.

m) L. 19. 20. C. de donat. ante nupt.

§. 363 b.

Die Ehefrau, oder deren Erben, die, gegen Zurückerhaltung der Mitgift, ſich der Aushändigung des Gegenvermächtniſſes ſich weigern, ſind der Beklagte.

§. 363 c.

Das Geſuch geht auf die Zurückgabe des Gegenvermächtniſſes, und auf die Leiſtung der damit etwa ſonſt verknüpften Verbindlichkeiten.

§. 364.

Die hauptſächlichſten Einreden ſind:

1) Es ſey kein Gegenvermächtniß errichtet worden. Hier hat der Ehemann deſſen Errichtung zu beweiſen.

2) Beklagte habe die Sache nicht in Beſitz erhalten.

3) Dasjenige, was Kläger zurückfordere, beſtehe in keinem Gegenvermächtniß, ſondern ſey eigentlich eine Schenkung, die der Beklagten, als Braut, gemacht worden, oder die ihr Ehemann bey ſeinem Leben nicht ausdrücklich widerrufen.

4) Der Beklagtin müſſe erſt die Mitgift reſtituirt werden.

5) Die Sache ſey durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen.

6) Klagender Ehemann ſey Schuld, daß die Ehe ihre Endſchaft erreicht habe.

§. 365.

Die Poſſeſſorienklagen (§. 309), welche in Anſehung des errichteten ehelichen Zuſtandes Statt finden, ſind:

I) Das Interdictum *de vxore exhibenda ac ducenda*. Es iſt dieſes Interdict unter dem interdicto *de libero homine exhibendo* (§. 262. u. ff.) begriffen, und ſteht dem Ehemanne, vermöge ſeiner eheherrlichen Gewalt (poteſtas maritalis) zu. Er kan ſich daher deſſelben wider jeden Andern, ja ſelbſt wider den Vater der Frau bedienen, wenn ihm ſeine Frau unrechtmäßigerweiſe vorenthalten wird. Das Geſuch wird dahin gerichtet: Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er dem Imploranten ſeine Frau nicht länger vorenthalte, ſondern ſofort verabfolgen laſſe.

Zur Einrede kan gebraucht werden:

1) Daß die Perſon, welche Implorant verlange, deſſen Frau nicht mehr ſey. Z. B. ſie iſt von ihm geſchieden worden.

2) Daß ſie noch zur Zeit nicht ſchuldig ſey, bey Imploranten ſich aufzuhalten. Z. B. wegen Scheidung von Tiſch und Bette.

3) Daß Implorat Imploranten ſeine Frau nicht vorenthalte — ſie halte ſich freywillig bey ihm auf — z. B. zur Miethe. — Hier müßen unmittelbar wider die Frau Zwangsmittel gebraucht werden. Es wird ihr z. B. die Rückkehr zu ihrem Manne, unter angedroheter Gefängnißſtrafe auferlegt.

II) Die Spolienklage. Dieſe kan gebraucht werden, wenn ein Ehegatte dem andern die eheliche Pflicht

ver-

verweigert, oder ohne Urſache von dem andern weg⸗ läuft n), und gehört ſowohl für die geiſtliche als welt⸗ liche Obrigkeit o). Zuweilen hat gegen ſolche die Ein⸗ rede der Seelengefahr, das heißt, daß man mit gu⸗ tem Gewiſſen nicht länger bey dem andern Ehegatten bleiben könne, Statt p). Beſonders kan die Frau, wenn ſie vom Manne, mittelſt dieſer Klage belangt wird,

1) Sävitien, und daß ſie bey ihm ihres Lebens nicht ſicher ſey; ingleichen

2) daß ſie aus Noth ſich von ihm wenden müſſen, weil er ihr keinen Unterhalt gegeben habe, vorſchützen.

II. Von der Familienklage wegen des älterlichen Zu⸗ ſtandes (§. 289).

§. 366.

Eine Familie kan, wie oben (§. 289) vorgekom⸗ men, nächſt der ehelichen oder hausherrlichen Geſell⸗ ſchaft, auch aus der älterlichen beſtehen. Das Ver⸗ hältniß, in welchem die Perſonen dieſer Geſellſchaft miteinander ſtehen, heißt der **älterliche Zuſtand**, und die Perſonen ſelbſt ſind Aeltern und Kinder. Auch wegen dieſes älterlichen Zuſtandes findet die *actio familiae* Statt (§. 289), gleichviel, ob von der natür⸗ lichen,

n) C. 23. Cauſ. 32. qu. §. c. 13. X. de reſtit. ſpoliat. Schott, im Eherecht §. 180.

o) *Boehmer* de action. Sect. II. cap. 1. §. 40. **Hommel** rhapſod. obſ. 612.

p) c. 8. 13. X. de reſtit. ſpoliat.

lichen, das iſt, durch eheliche oder uneheliche Geburt entſtandenen Aelternſchaft oder Kindſchaft, oder von der erdichteten, das heißt: durch Adoption hervorgebrachten, die Rede iſt.

Ein Streit, der ſich auf das Verhältniß, welches man den älterlichen Zuſtand nennt, bezieht, kan nun aber überhaupt dreyerley zum Gegenſtande haben:

I. Die Aeltern- oder Kindſchaft ſelbſt; das heißt die Frage: ob Jemand eines Andern Vater, Mutter, oder Kind ſey?

II. Die väterliche Gewalt;

III. Gewiſſe andere Rechte und Verbindlichkeiten, die man als Vater oder Mutter gegen ſein Kind, oder umgekehrt hat.

Die mancherley Klagen, wodurch ein ſolcher Streit anhängig zu machen, werden gleich in dem Folgenden nach einander abgehandelt.

Von
den Klagen wegen der Aelternſchaft und Kindſchaft.

§. 367.

Wenn über die Aeltern- oder Kindſchaft Streit iſt, ſo rührt ſolcher entweder daher, daß Jemand eines Andern Vater oder Mutter zu ſeyn vorgiebt, dieſer aber ſolches leugnet; oder daher, daß Einer eines Andern Kind zu ſeyn, behauptet, und dieſer der behaupteten Vater- oder Mutterſchaft widerſpricht. Im erſtern Fall tritt, nach Beſchaffenheit der Umſtände, die *actio de paternitate affirmativa* oder *negativa*; im

im letztern aber die *actio filialis*, *ſi. de filiatione*, bald *affirmativa*, bald *negativa*, ein. Eine Gattung von der *actione filiali affirmativa* iſt im Grunde die *actio de partu agnoſcendo*, mittelſt welcher Jemand ein Kind, als ein von ihm gezeugtes, anzuerkennen und zu ernähren, belangt wird. Denn ſie entſpringt, wie jene, aus dem nämlichen obligatoriſchen Faktum, der Zeugung eines Kindes, ob ſie gleich nicht vom Kinde ſelbſt, ſondern gemeiniglich von deſſen Mutter angeſtellt wird.

Hier werden die verſchiedenen Klagen in Anſehung des Streits über die **Aelternſchaft** oder **Kindſchaft**, im Allgemeinen angezeigt, deren Entwickelung die folgenden §§. enthalten.

Von
der actione paterna, oder materna affirmativa.

§. 368.

Der **Grund** dieſer Klage iſt die Behauptung, daß man eines Andern **Vater** oder **Mutter** ſey; ob man ſich gleich nicht im Beſitz der von der Vater- oder Mutterſchaft abhängenden Rechte befindet. Da der Beklagte die Vater- oder Mutterſchaft dem Kläger bezweifelt, ſo muß dieſer ſolche beweiſen. Die **Vaterſchaft** wird dadurch bewieſen, daß man zeigt, das Kind, deſſen Vater man zu ſeyn vorgiebt, ſey in einer rechtmäßigen Ehe, worinne man ſich befunden, zur Welt gekommen. Hier findet die Rechtsregel: pater eſt, quem juſtae nuptiae demonſtrant, ihre Anwendung q). Denn mit völliger Gewißheit zu beweiſen, daß

q) L. 6. D. de his qui ſui vel al. jur. L. 5. D. de in jus vocando.

daß man Vater zu einem Kinde ſey, iſt eine wahre Unmöglichkeit. Daher wird auch die einer Erbeseinſetzung beygefügte Bedingung: **wenn der Erbe ſeinen Vater darthun wird**, für eine unmögliche Bedingung angeſehen r). — Die **Mutterſchaft** iſt leichter zu beweiſen. Hier braucht die Mutter nur darzuthun, daß ſie das Kind zur Welt gebracht habe, denn da iſt es gewiß, daß ſie deſſen Mutter ſey. Es mag dieſes in oder außer der Ehe geſchehen ſeyn.

§. 369.

Der **Kläger** iſt derjenige, welcher eines Andern Vater oder Mutter zu ſeyn behauptet, ungeachtet er ſich nicht in dem Beſitz der von dieſer Eigenſchaft abhängenden Rechte, befindet.

Befindet er ſich im Beſitz der von der Vaterſchaft oder Mutterſchaft abhängenden Rechte, ſo kan er poſſeſſoriſch klagen. Beweißt er nun ſeinen Beſitz, ſo muß er in ſelbigem ſo lange geſchützt werden, bis ſein Gegner in petitorio — durch die actionem filialem negativam contrariam (§. 221) — ein Anders ausführt.

§. 370.

Der **Beklagte** iſt der, welcher wegen eines beabſichtigenden Vortheils, dem Kläger die Vater- oder Mutterſchaft leugnet.

Die Vater- oder Mutterſchaft kan ſowohl von dem vorgeblichen Kinde ſelbſt, als deſſen Erben und jedem

r) L. 83. D. de condit. et demonſtrat.

dem Andern, welcher ein beſonderes Intereſſe hat, geleugnet werden. Zum Beyſpiel: Cajus ſtirbt, und es meldet ſich eine Weibsperſon zu deſſen Verlaſſenſchaft, weil ſie ſich für deſſen leibliche Mutter ausgiebt. Sie hat ſich aber bisher nicht dafür ausgegeben, und befindet ſich daher nicht im Beſitz der Mutterſchaft, vielmehr war der Verſtorbene im Beſitz der Nichtkindſchaft in Anſehung ihrer. Es widerſprechen ihr alſo die Anverwandten des Verſtorbenen, und wollen ſie nicht zur Succeſſion laſſen.

§. 371.

Die Bitte bey dieſer Klage geht dahin: zu erkennen, daß **Kläger des Beklagten Vater oder Mutter, und ihm daher alle von der Vater- oder Mutterſchaft abhängende Rechte zuſtändig ſeyen.** So würde in dem vorher gegebenen Beyſpiel die Mutter, wenn ſie wider diejenigen, welche ihr die Succeſſion ſtreitig machen, klagen wollte, ihr Geſuch ſo abfaſſen müſſen: **bitte zu erkennen, daß ich des Verſtorbenen leibliche Mutter, und alſo zu deſſen Beerbung zuzulaſſen ſey.**

§. 372.

Als Einreden kommen dem Beklagten folgende Umſtände zu Statten:

1) **Kläger habe auf ſeine Vater- (Mutter-) Rechte Verzicht gethan.**

2) **Eine bereits vorhandene rechtskräftige Abſolution.** Das heißt: Beklagter, das angebliche Kind, ſey in einem rechtskräftigen Urtheil von des Klägers

gers vorgeblicher Vater- oder Mutterſchaft freygeſprochen worden.

3) Kläger ſey der Vater- oder Mutterſchaft zur Strafe verluſtig worden. Z. B. weil er das Kind verſtoßen oder ausgeſetzt gehabt, ingleichen weil er ſolches zur Unzucht anhalten wollen s).

Von der actione paterna, oder materna negativa, (§. 367).

§. 373.

Hier iſt der Klaggrund die Verneinung daß man eines gewiſſen Menſchen Vater oder Mutter, und alſo die von der Vater- oder Mutterſchaft abhängenden Verbindlichkeiten, in Anſehung deren man keinen Beſitz der Befreyung für ſich hat, ferner zu erfüllen ſchuldig ſey. Z. B. es hat Jemand bisher einen Menſchen wie ſein Kind gehalten, ihn ſeinen Sohn genennt, ihm auch in dieſer Qualität Eſſen, Trinken, Kleidung u. ſ. w. gegeben, er will ihn aber nun nicht länger alimentiren, weil er leugnet, daß er deſſen eigentlicher Vater ſey. Um ſich von dieſer Beſchwerde zu befreyen, muß er die gegenwärtige Klage anſtellen, denn der Andere, nämlich der Beklagte, hat den Beſitz des Rechts, die Leiſtung dieſer Verbindlichkeiten von ihm zu fordern, für ſich.

Wäre im Gegentheil Kläger im Beſitz der Befreyung von den Verbindlichkeiten, ſo müßte er dabey ſo lange

s) L. 2. C. de expoſ. infant. Nov. 153. cap. 1.

lange geſchützt werden, bis ſein Gegner in petitorio, durch die anzuſtellende actionem filialem affirmativam contrariam, ein Anders ausführet.

§. 374.

Der Kläger iſt derjenige, welcher eines Andern Vater oder Mutter zu ſeyn, leugnet. Daß er dieſes nicht ſey, muß er beweiſen; denn dadurch, daß der Andere in Beſitz iſt, die Leiſtung der von der Vater- oder Mutterſchaft abhängenden Verbindlichkeiten, von ihm zu verlangen, wird gegen ihn die Vermuthung begründet, daß er des Beklagten würklicher Vater oder Mutter ſey, und alſo auch gegen denſelben Vater- oder Mutterpflichten auf ſich habe. — So muß er z. B. bey der actione *paterna* negativa darthun, daß Beklagter von ihm in einer rechtmäßigen Ehe nicht ſey erzeugt worden. — Dieſem ſteht nicht entgegen, daß ein verneinender Satz nicht brauche dargethan zu werden und ſich geradezu nicht beweiſen laſſe. Denn wenn ſich der Kläger auf einen verneinenden Satz gründet, ſelbiger aber zweifelhaft iſt, ſo daß er die Vermuthung des Gegentheils wider ſich hat, ſo muß er ſolchen beweiſen t).

§. 375.

Beklagter iſt derjenige, welcher in dem Beſitz des Rechts, die Leiſtung der von der Vater- oder Mutterſchaft abhängenden Verbindlichkeiten, vom Kläger zu fordern, ſich befindet, und ebendeshalb ſelbigem die Befreyung vom Zuſtande der Vater- oder Mutterſchaft nicht einräumet.

§.

t) *Henr. Cocceji* diſſ. de directa probatione negativae. Francof. 1698. *Pacianus* de probat. *in append.* pag. 27.

§. 376.

Gebeten wird: zu erkennen, daß Kläger des Beklagten Vater (Mutter) nicht ſey, und alſo die einem Vater (Mutter) obliegenden Verbindlichkeiten, gegen Beklagten nicht zu erfüllen brauche.

§. 377.

Einwenden kan der Beklagte:

1) Er ſey von Klägern an Kindes Statt angenommen worden.

2) Er habe ein rechtskräftiges Erkenntniß für ſich, welches ihn für Klägers Kind erkläre.

Von der actione filiali affirmativa.

§. 378.

Bey dieſer Klage liegt die Behauptung zum Grunde, daß man ein Kind von Jemanden ſey. Dieſes muß bewieſen werden. Wenn davon die Rede iſt, daß die Kindſchaft dargethan werden ſoll, ſo läßt ſich dieſes auf dreyfache Art gedenken:

I. In Anſehung beyder Aeltern überhaupt. Hier kommen dem Beweisführer folgende Umſtände zu Statten:

1) daß das Kind bisher von Beklagtem als Kind gehalten worden v);

2)

v) L. 3. C. de ſuis et legitim. hered.

2) daß die Nachbarn und andere Einwohner es für der Beklagten Kind gehalten.

3) daß der Vater es in ſeinem letzten Willen ſein Kind genennt x);

4) daß er gerichtlich oder außergerichtlich ſich für deſſen Vater ausgegeben y);

5) daß es ihm ſehr ähnlich ſehe;

6) daß ſchon einmal vor Gericht über die Kindſchaft geſtritten worden, und die Sentenz für das Kind ausgefallen.

Ob nun gleich durch dieſes alles keine Gewißheit erlangt wird, daß Jemand ein Kind des Andern ſey, ſo wird doch dadurch ſo viel bewürkt, daß dieſer das Gegentheil darthun muß z).

II. **Beſonders**, in Anſehung des **Vaters**. Hier hat Kläger beyzubringen, daß er in deſſen ſtehender Ehe gebohren worden a). Dazu dienen die **Kirchenbücher**, worein die Gebohrnen und deren Aeltern getragen werden b). Die Rechtsregel: pater eſt, quem juſtae nuptiae demonſtrant, ſtreitet hier für das **Kind**.

III. In Anſehung der **Mutter**. Da braucht der Kläger nur darzuthun, daß er von ihr zur Welt gebracht worden, welches durch die Hebamme, oder andere

x) L. 27. §. 1. D. de inoffic. teſtam.

y) *Menoch* de arbitrar. judic. quaeſt. Lib. II. Cap. 89. num. 79.

z) §. fin. I. de adopt.

a) L. 10. D. de his, qui ſui vel. al. jur. L. 13. 14. C. de probation.

b) *Carpzov* P. I. Conſt. 16. def. 26.

der Personen, welche bey der Geburt geweſen, geſchehen kan.

§. 379.

Der Kläger iſt derjenige, welcher behauptet, daß er ein Kind des Andern ſey, und welcher ſich nicht im Beſitz des Rechts befindet, von demſelben die Leiſtung der einem Vater (einer Mutter) obliegenden Verbindlichkeiten, zu verlangen.

§. 380.

Der Beklagte iſt der, welcherwegen eines beabſichtigenden Vortheils, leugnet, daß Kläger ſein Kind ſey.

§. 381.

Das Geſuch geht dahin: zu erkennen, daß Kläger des Beklagten Kind, und demſelben alle Rechte eines Kindes in Anſehung Klägers zuſtändig ſeyen.

§. 382.

Zur Einrede dient Folgendes:

1) Kläger habe ſich ſeiner Kindſchaft begeben.

2) Er ſey ſchon rechtskräftig abgewieſen worden.

3) Er ſey ein untergeſchobenes, oder

4) ein ehebrecheriſches Kind.

Dieſe ſämtlichen Einreden hat jedoch der Beklagte zu beweiſen. Was aber die letztere anbetrifft; ſo kan die-

dieſer Beweiß durch die Behauptung der Mutter, daß ſie Klägern ehebrecheriſcherweiſe empfangen, und wenn ſolche auch vor Gericht geſchehen wäre, nicht geführt werden. Nam propriam turpitudinem alleganti non creditur in praejudicium tertii, licet in praejudicium ſui ipſius c). Genug, daß das Kind in der Ehe zur Welt gekommen. Wenn die Mutter daher auch des Ehebruchs ſollte ſeyn überführt worden, oder in ihrem Teſtamente, oder auf dem Todtenbette geſagt, ja ſogar mit einem Eyde bekräftiget hätte, daß das Kind ein ehebrecheriſches Kind ſey; ſo wird dieſem Vorgeben doch nicht geglaubt. Denn es folgt daraus nicht gewiß, daß ein Fremder, und nicht der Ehemann, Vater vom Kinde ſey d).

Bey dieſen Einreden hat man zugleich zu ſehen, ob der Beklagte, falls die Kindſchaft des Klägers gegründet wäre, ſolchen zu alimentiren verbunden, z. B. ob er der angebliche Vater, oder Mutter iſt. — Wenn dieſes iſt, ſo leugnet er entweder ſchlechterdings, daß er Vater ſey, und hängt die Einreden nur eventualiter der Einlaſſung auf die Klage an, oder nicht, ſondern er ſchützt dieſe Einreden noch vor der Einlaſſung vor. Iſt das Erſte, ſo hat er nicht nöthig, das Kind einſtweilen zu alimentiren, weil es wegen ſeiner Kindſchaft noch gar nichts für ſich hat. Iſt aber das Zweyte, ſo muß er dem Kinde einſtweilen, bis der Prozeß zu Ende iſt, und die Einreden dargethan worden, Alimente reichen, weil aus dieſen Einreden ſchon einige Vermuthung für das Kind entſteht e).

Von

c) L. 29. D. de probat.

d) L. 27. §. 1. D. de inoffic. teſtam. *Struv* in ſynt. jur. civ. exerc. III. th. 43.

e) L. 7 D. de agnoſcend. vel alend. lib. *Boehmer* de actionib. Sect, II. Cap. 1. §. 24.

Von
der actione filiali negativa.

§. 383 — 387.

Da dieſe Klage von der vorhergehenden nur darinne ſich unterſcheidet, daß bey jener die Kindſchaft behauptet, bey dieſer aber geleugnet wird; ſo bedarf ſie keiner ausführlichern Erörterung, vielmehr iſt dasjenige, was in dieſen Paragraphen des Lehrbuchs von ſolcher enthalten iſt, zu deren Verſtändniß hinreichend.

Von
der actione de partu agnoſcendo (§. 367).

§. 388.

Dieſe Klage findet überhaupt Statt, wenn Jemand ſich weigert, ein von ihm gezeugtes Kind als das ſeinige anzuerkennen, und zu ernähren; und zwar *directe* in Anſehung ehelich gebohrner Kinder; *utiliter* aber in Anſehung unehelich gebohrner.

Von
der actione de partu agnoſcendo directa.

§. 389.

Es geſchieht zuweilen, daß ein Mann ein Kind, welches er doch gleichwohl in der Ehe gezeugt hat, nicht für das ſeinige erkennen, und daher die ihm als Vater obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllen will. Hieraus erwächſt nun aber für die Frau, welche das Kind gebohren, ein doppelter Nachtheil. Denn einmal

mal enthält jene Weigerung den ſchimpflichen Vorwurf eines begangenen Ehebruchs, und dann fällt ihr auch **zweytens** die Unterhaltung des Kindes zur Laſt. Da es nun aber hart ſeyn würde, wenn ein Vater der Verbindlichkeit zur Anerkennung ſeines Kindes, ohne hinlängliche Urſache ſich entziehen dürfte; ſo haben die Geſetze der Frau das Recht ertheilt, desfalls wider denſelben gegenwärtige Klage anzuſtellen, und zwar kömmt nichts darauf an, das Kind mag während der Ehe, oder nach deren Aufhebung gebohren worden ſeyn. In beyden Fällen muß jedoch die Frau die Behauptung, **daß das gebohrne Kind des Beklagten eheliches Kind** ſey — als welche den Grund der Klage ausmacht — erweiſen.

Klagt ſie **während der Ehe**, ſo hat ſie weiter nichts zu beweiſen, als daß ſie

1) mit dem Beklagten in **rechtmäßiger** Ehe gelebt habe, und

2) daß das Kind **in ſolcher** gebohren worden. Hat ſie dies dargethan, ſo muß der Mann das Kind ſchlechterdings für das ſeinige anerkennen. Hier tritt abermals die Rechtsvermuthung ein: pater eſt quem juſtae nuptiae demonſtrant f); geſetzt auch, daß das Kind ſchon im **ſiebenten** Monate von Zeit der vollzogenen Ehe ſollte ſeyn gebohren worden g).

Wird

f) Und dieſe Vermuthung hat er ſolange wider ſich, bis er zeigt, daß das Kind nicht von ihm ſey. L. 1. §. 14. L. 3. §. 1. D. de agnoſc. et alend. liber.

g) L. 12. D. de ſtatu homin. L. 3. fin. D. de ſuis et legitim. hered. *Wernher* P. I. obſ. 153. *Val. Greiſſing* diſſ. de partu ſeptimeſtri. Vitemb, 1677. *Ier. Eberh. Linck* diſſ. de partu ſeptimeſtri, Argentor. 1734.

Wird hingegen geklagt, nachdem bereits die Ehe aufgehoben worden — z. B. es iſt eine Eheſcheidung erfolgt; oder: der Mann iſt mit Hinterlaſſung einer ſchwangern Frau verſtorben, und ſeine Erben wollen das von dieſer gebohrne Kind für kein Kind des Erblaſſers anerkennen —; ſo hat die Frau auch weiter nichts zu beweiſen, als daß ſie in rechtmäßiger Ehe gelebt habe. Iſt dieſes außer Zweifel geſetzt, ſo ſtreitet für das Kind die geſetzliche Vermuthung, daß der geweſene Ehemann deſſen Vater ſey, und wenn es auch erſt im zehnten Monate, von der Trennung der Ehe an gerechnet, gebohren ſeyn ſollte h). Ein im eilften Monate aber, von dieſer Zeit an und etwa gar noch ſpäter gebohrnes Kind hat dieſe Vermuthung nicht für ſich, wenigſtens iſt ſie nicht in den Geſetzen gegründet. Diejenigen, welche dies letztere glauben, berufen ſich zwar auf die Nov. 39. cap. 2; allein dieſe kan um deswillen nicht zum Beweiſe angezogen werden, weil ſie blos beſtimmt, ob eine Witwe, die in dem 11ten oder 12ten Monat nach des Mannes Tode, einen ſpurium zur Welt bringt, das Gegenvermächtniß verliehre, keinesweges aber die Frage berührt: ob ein im 11ten Monat, von der Trennung der Ehe gerechnet, gebohrnes Kind, für des geweſenen Ehemannes Kind zu halten ſey i)? Indeſſen halten doch verſchiedene Rechtsleh-

h) L. 3. §. 9. 11. L. 6. 7. D. de ſuis et legitim. hered. L. 29. pr. D. de liber. et poſthum. L. 4. C. de poſthered. inſtit. *Fr. Eberh. Linck* diſſ. de partu decimeſtri et vndecimeſtri. Argentor. 1734. Sollte jedoch die Ehe durch Eheſcheidung getrennt worden ſeyn, ſo hat die Frau die Pflicht auf ſich, ihre Schwangerſchaft binnen 30 Tagen anzuzeigen. L. 1. §. 4. D. de agnoſc. vel alend. liber.

i) Schott im Eherecht, §. 185, Note ****).

lehrer dafür, daß jene Vermuthung auch für ein ſolches Kind ſtreite, wenn theils, daß die Mutter, nach der Trennung der Ehe züchtig gelebt habe, theils beſondere die Geburt verzögernde Umſtände, bewieſen werden könnten k).

§. 390.

Der **Kläger** iſt die Mutter des Kindes. Sollte ſie geſtorben ſeyn, und der Mann das Kind nicht für das ſeinige erkennen wollen, ſo muß dieſes, oder deſſen Vormund, wider ihn die actionem filialem affirmativam anſtellen.

§. 391.

Der **Beklagte** iſt der Mann, welcher das Kind nicht für ſein eheliches Kind anerkennen will. Auch wider deſſen Vater findet gegenwärtige Klage Statt. In Anſehung dieſes letztern treten jedoch diejenigen Grundſätze ein, welche bereits oben, bey der Alimentenklage (§. 344), vorgekommen.

§. 392.

Das Geſuch geht dahin: **rechtlich zu erkennen, daß Beklagter das von der Klägerin zur Welt gebohrne Kind, für das ſeinige anzuerkennen und**

 da-

k) *Carpzov* P. IV. Conſt. 27. def. 15. *Richter* deciſ. 89. num. 23. *Berger* Oec. Iur. Lib. I. Tit. 3. §. 2. not. 6. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 116. *Ioh. Chr. Hartung* diſſ. de partu legitimo ſeptimeſtri et vndecimeſtri. Ienae 1690. *Laur. Heiſter* diſſ. qua probatur partum tredecimeſtrem eſſe legitimum. Helmſtad. 1728. 1753. *I. C. L. Püttmann* prol. de partu vndecimeſtri. Lipſ. 1779.

daher demſelben den nöthigen Unterhalt zu verabreichen ſchuldig.

§. 393.

Einreden gegen dieſe Klage geben überhaupt alle ſolche Umſtände ab, die es unmöglich machen, daß der angebliche Vater würklich Vater von dem Kinde ſeyn kan. Z. B. er iſt über Jahr und Tag krank geweſen, und hat deswegen der Frau nicht ehelich beywohnen können — oder er iſt zur Zeugung ganz und gar untüchtig — er iſt länger als 10 Jahre abweſend geweſen, und findet bey ſeiner Zurückkunft ein Kind von einem Jahre l).

Insbeſondere aber gehört hieher: die Einrede der unterlaſſenen Denunciation. Die Denunciation bedeutet hier die Handlung, da eine abgeſchiedene Ehefrau, welche, nach aufgehobener Ehe, noch ſchwanger zu ſeyn glaubt, ihrem geweſenen Manne, oder deſſen Erben ihre Schwangerſchaft anzeigt. Sie ſoll nach Vorſchrift der Geſetze m) binnen 30 Tagen von der Trennung der Ehe an gerechnet, bewürkt werden. Nun iſt dies entweder geſchehen, oder nicht. Im letztern Fall kan die Frau nachher nicht wider den Mann klagen; ſie müßte denn erhebliche Urſachen anführen können, warum ſie die Denunciation unterlaſſen n), welches aber gleich in der Klage geſchehen muß. Dem Kinde ſchadet indeß die

l) Dieſe Fälle ſind im L. 6. D. de his, qui ſui vel alieni jur. enthalten.

m) L. 1. §. 1. D. de agnoſc. vel alend. liber. L. 1. §. 4. D. eodem.

n) L. 1. §. 7. D. eod.

die Unterlaſſung der Denunciation nichts o); es bleibt ihm die actio filialis affirmativa wider ſeinen Vater unbenommen. Im erſten Fall aber kömmt es darauf an, ob der Mann auf die Denunciation geäußert hat, daß die Frau von ihm nicht ſchwanger ſey; oder nicht. Hat er jenes gethan, ſo muß die Frau die gegenwärtige Klage wider ihn anſtellen, und er braucht das Kind nicht eher für das ſeinige anzuerkennen und zu alimentiren, bis er dazu verurtheilt worden p). Wenn er hingegen nichts geäußert hat; ſo wird ſein Stillſchweigen dahin erklärt, daß er ſich zum Vater des Kindes bekenne; mithin muß er daſſelbe, gleich nach deſſen Geburt alimentiren q), oder er wird durch Zwangsmittel dazu angehalten r).

Von der actione de partu agnoſcendo utili (§. 388).

§. 394.

Aus einem unehelichen Beyſchlafe entſpringt heut zu Tage eine doppelte Verbindlichkeit, welche der Stuprator erfüllen muß:

1) das aus dem unehelichen Beyſchlaf etwa erzielte Kind zu ernähren,

und

o) Quia mater per factum ſuum ſibi ipſi, neutiquam vero liberis praejudicium inferre poteſt.

p) L. 1. §. 4. D. eod.

q) L. 1. §. 4. D. alleg.

r) L. 1. §. 4. D. alleg.

s) L. 9. C. de patr. pot. c. 5. X. de eo, qui dux, in matrimon.

und

2) ſich mit der Geſchwächten abzufinden.

Jene tritt freylich erſt alsdenn ein, wenn die Geſchwächte von dem unehelichen Beyſchlaf ſchwanger geworden iſt, und fällt nicht weg, wenn gleich der Schwängerer zur Erfüllung der letztern nicht ſchuldig ſeyn ſollte. Schon das Naturrecht erkennt dieſe Verbindlichkeit an, und das römiſche und canoniſche Recht beſtätigt ſolche s).

Dieſe — die Verbindlichkeit zur Abfindung — liegt dem Stuprator ob, wenn die Geſchwächte auch nicht ſchwanger worden ſeyn ſollte. Denn durch den Beyſchlaf hat ſie doch, ſie mag nun eine Jungfrau, oder eine Witwe ſeyn, an ihrer Ehre gelitten. Der Grund dieſer Verbindlichkeit aber, iſt kein anderer, als weil angenommen wird, daß die Mannsperſon ſie durch Liebkoſungen zum Beyſchlaf verführt habe, und vornehmlich an ihrer Unehre Schuld ſey t). Ihr Urſprung iſt wohl ohne Zweifel im moſaiſchen Geſetz zu ſuchen v), indem es im 2. B. Moſe 22, 16 heißt: **Wenn Jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertrauet iſt, und beſchläft ſie, der ſoll ihr geben ihre Morgengabe, und ſie zum Weibe haben.** Durch den Gerichtsbrauch hat ſolche aber nach und nach diejenige Modification bekommen, die wir in der Folge kennen lernen werden.

Damit der Schwängerer jene Verbindlichkeit (zur Alimentation des Kindes) erfülle, darauf zweckt die gegen-

t) *Burc. Bardili* diſſ. de ſatisfactione ſtupratae. Tub. 1685. *Aug. de Leyſer* diſſ. de ſtupri judicio civili. Vitemb. 1736 und in deſſen Medit. ad Pand. Sp. 583.

v) Das römiſche Recht kennt dieſe Verbindlichkeit nicht.

genwärtige *actio de partu agnoſcendo utilis* ab, deren Grund in der Behauptung beſteht, daß das Kind, aus dem unehelichen Beyſchlafe, wozu Klägerin von Beklagten verleitet worden, herrühre. Es hat daher die Klägerin in der Klage drey Stücke anzuführen:

1) daß ſie vom Beklagten zum Beyſchlafe verleitet worden;

2) daß hieraus eine Schwängerung erfolgt ſey; und

3) daß ſie aus dieſem Beyſchlaf ein Kind zur Welt gebracht habe.

In Anſehung der beyden letzten Stücke iſt zugleich die Zeit des Beyſchlafs und der erfolgten Niederkunft anzugeben, damit der Beklagte ſich gehörig darwider vertheidigen könne.

Im Leugnungsfall muß ſie nun auch vornämlich die beyden letzten Stücke beweiſen. Denn, wenn es mit dieſen ſeine Richtigkeit hat, ſo wird das erſte ſo lange vermuthet, bis der Beklagte das Gegentheil darthut.

§. 395.

Der **Kläger** iſt die geſchwächte Weibsperſon, und wenn ſie nicht mehr am Leben, der Vormund ihres Kindes. Uebrigens iſt es gleichviel, ob die Geſchwächte eine unberüchtigte Jungfer, oder eine Witwe iſt x). Klagt nach der Geſchwächten Tode, des Kindes Vormund,

x) *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 44. *Berger* in ſupplem. ad elect. proc. matrimon. pag. 323. Anderer Meinung iſt aber *Voet* ad Lib. 48. Dig. Tit. 5. §. 4.

mund, ſo kan er nicht nur fordern, daß der Beklagte das Kind als das ſeinige ernähre, ſondern er kan auch zuweilen y) verlangen, daß er ſich, der Mutter wegen, mit dem Kinde abfinde; nämlich alsdenn:

1) wenn er entweder der Mutter, ſtatt der Heyrath eine Summe Geldes verſprochen,

oder

2) wenn er, die Mutter zu heyrathen, gezögert hat, und dieſe darüber geſtorben iſt. Hier muß er dem Kinde etwas dafür entrichten z).

§. 362.

Der Beklagte iſt der Schwängerer der geſchwächten Weibsperſon, und nach deſſen Tode deſſen Erbe. Nach römiſchem Recht findet dieſe Klage, ob ſie gleich eine actio rei perſecutoria iſt, doch nicht wider die Erben Statt, weil ſie aus einer unerlaubten Handlung, der unehelichen Schwängerung, entſpringt a). Allein weil die Alimentation eine natürliche Pflicht iſt, welche ans dem Vermögen des Schwängerers erfüllt werden muß ſo, iſt nach dem canoniſchen Recht, auch der Erbe zur Alimentation des Kindes verbunden.

Hier-

y) In der Regel nicht; weil ſolches dem juri eligendi des Schwängerers entgegen ſeyn würde. *Wernher* P. VI. obſ. 330.

z) arg. L. 23. §. 8. D. ad L. Aquil. *Paelike* de action. Sect. I. Cap. 2. §. 21.

a) L. 4. §. 6. L. 6. L. 7. D. de alien. jud. mut. cauſſa.

Hiernach läßt ſich zugleich die ſtrittige Frage entſcheiden: ob dieſe Klage auch wider den Vater des verſtorbenen Schwängerers Statt finde? In Anſehung des Kindes iſt entweder die Rede davon, daß er ſolches als ſeines verſtorbenen Sohnes eheliches Kind anerkennen, oder daß er daſſelbe nur ernähren ſoll. Auf das Erſte findet dieſe Klage wider ihn nicht Statt; denn ſein Sohn hat ihm durch ſeinen unehelichen Beyſchlaf keinen Enkel aufbürden können b). Wegen des zweyten Punkts aber kömmt es darauf an, ob der Vater des Schwängerers deſſen Erbe worden, oder nicht. Wäre jenes, ſo findet die Klage wider ihn auf die Alimentation Statt c). Im letztern Fall aber fehlt ein Grund zur Verbindlichkeit; vielmehr heißt es hier: delictum tertii tertio nocere non debet d).

Auf nurgedachten Unterſchied kömmt es auch an, wenn die Geſchwächte wider den Vater ihres Schwängerers, auf Dotation klagen will.

§. 397.

Das Geſuch iſt: zu erkennen, daß Beklagter das von ihm erzeugte Kind ſo lange, bis es ſein Brod ſelbſt verdienen kan, als das ſeinige zu ernähren, auch die ſowohl bey deſſen Ge-

b) §. 7. I. de adopt.

c) Joh. Chriſt. Quiſtorp in den Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien. 1. St. Num. 5. Roſt. 1778.

d) L. 74. D. de reg. jur.

Geburt und Taufe, als bey deſſen Wartung in den ſechs Wochen, aufgewandten Koſten zu entrichten, nicht minder ſich mit Klägerin abzufinden, und alle Proceßkoſten zu tragen ſchuldig. Es wird nämlich mit dem Geſuch wegen der Alimentation des Kindes, gemeiniglich das Geſuch wegen der Privatſatisfaction der Geſchwächten, oder um die Abſindung, weil der Schwängerer zu beyden Verbindlichkeit hat e), verbunden.

Was das Geſuch der Alimentation anbetrifft, ſo muß der Schwängerer nicht nur das Kind für das ſeinige anerkennen, ſondern daſſelbe auch ſo lange ernähren, bis es ſich ſeinen Unterhalt ſelbſt verſchaffen kan. Die Summe, die er dazu ausſetzen muß, variirt nach den verſchiedenen Landesgeſetzen gar ſehr, denn in den gemeinen Rechten iſt darüber nichts verordnet. Mangeln in einem Lande deshalb beſondere geſetzliche Beſtimmungen, ſo hängt die Größe des jährlichen Alimentationsquantums vom richterlichen Ermeſſen ab; indeſſen wird ſelten auf mehr als auf 10 bis 12 Gülden, oder Thaler erkannt. Wird das Kind dergeſtalt krank, daß es ſich ſeine ganze Lebenszeit hindurch nichts verdienen kan, ſo muß es auch die ganze Lebenszeit hindurch von dem Vater ernährt werden. Uebrigens fängt die Pflicht zur Alimentation gleich mit der Geburt des Kindes an f), mithin geht das Geſuch bey dieſer Klage, auf die **künftigen**, nicht aber auf die **vergangenen** Alimente. Denn wäre das Letztere, daß Jemand anders, z. B. die Mutter, das Kind ſelbſt etliche Jahre verpflegt hätte, ſo

e) *Voet* l. c. §. 6.

f) *Wernher* P. VI. obſ. 396.

ſo kan ſie die vorgeſchoſſenen Alimentationsgelder von dem Schwängerer actione negotiorum geſtorum contraria wiederfordern g). Mittelſt eben dieſer Klage fordert ſie auch die Koſten des Kindbettes und der Taufe, ſo daß alſo verſchiedene Klagen hier ſimultaniſch cumulirt worden ſind.

Was die **Abfindung** der Geſchwächten anlangt, ſo entſpringt die Verbindlichkeit zu ſelbiger ex jure perſonali, und zwar ex delicto, nämlich dem unehelichen Beyſchlafe. Nach der vorhin angezogenen Verordnung des moſaiſchen Rechts, beſtand dieſe Abfindung darinne, daß der Schwängerer der Geſchwächten, der Schwängerung halber, etwas geben und ſie zur Frau nehmen mußte, wenn ſie ihn zu heyrathen Luſt hatte h). Allein, obgleich hier eine **doppelte** Verbindlichkeit miteinander vereinigt angetroffen wird, ſo iſt ſolche doch nach der heutigen Praxis nur **alternativiſch**. Nämlich der Schwängerer muß die Geſchwächte **entweder** heyrathen, **oder** ihr einen Brautſchatz geben i). Der Brautſchatz iſt aber hier keine eigentliche Eheſteuer, ſondern nur eine **Vergütung des Schadens**, welchen **die Geſchwächte dadurch erleidet, daß ſie durch den Schwängerer um die Hoffnung, einen Mann**

g) *Berger* de vſu actionum §. 8. Ein Formular davon iſt bey Herrmann in der Anleitung zu den action. forenſ. p. 191. anzutreffen.

h) *Leyſer* Sp. 583. Med. 7.

i) *Leyſer* Sp. 583. Med. 8. ſq. *Carpzov* in jurispr. eccl. Lib. II. def. 229. *Boehmer* in I. E. P. Lib. V. Tit. 16. §. 6.

Mann zu bekommen, gebracht worden. Daher kan dieſe Klage, ob ſelbige gleich aus der unerlaubten That des Schwängerers entſpringt, deſſenungeachtet nach ſeinem Tode noch wider die Erben angeſtellt werden, wenn der Verſtorbene die Verbindlichkeit, ſich mit der Geſchwächten abzufinden bey ſeinem Leben unterlaſſen haben ſollte. Denn obgleich die Erben ex delicto defuncti nicht unmittelbar zu haften brauchen, ſo müſſen ſie doch die von dem Verſtorbenen nicht geleiſtete Civilverbindlichkeit, als deſſen Repräſentanten, inſoweit die Erbſchaft zureicht, erfüllen (§. 56). Um indeſſen die Abfindung einigermaßen beſtimmen zu können, hat man ſolche nach der Größe eines Brautſchatzes geſchätzt, und deshalb einen **Brautſchatz** (dos) genennt k). Daher braucht dieſe Vergütung eben nicht in einem ſo großen Vermögen zu beſtehen, als ſie nach ihrem eigenen, oder ihres Vaters Vermögen, einem Manne zur Eheſteuer zubringen könnte; es kömmt vielmehr hierbey alles auf das Ermeſſen des Richters an, welcher vornämlich auf den Stand der Geſchwächten und auf das Vermögen des Schwängerers Rückſicht zu nehmen hat l).

Das Wort: **abfinden**, begreift alſo die alternativiſche Verbindlichkeit des Beklagten, die Klägerin **entweder** zu **heyrathen**, **oder** zu **dotiren**. Klagt daher die Geſchwächte ſchlechthin auf **die Ehe**, oder ſchlechthin auf **Dotation**, ſo findet die Klage angebrachtermaßen nicht Statt (§. 294). In gewiſſen Fällen fällt jedoch die alternativiſche Verbindlichkeit des Schwängerers weg, und die ſtuprata kann geradezu, bald auf die Ehe, bald auf Dotation klagen. Jenes kan

k) *Leyſer* Sp. 583. Med. 11.

l) *Wernher* P. III. obſ. 363.

kan ſie, wenn der Beyſchlaf unter dem Verſprechen der Ehe geſchehen m). Dieſes, wenn ohne ihre Schuld zwiſchen ihr und dem Schwängerer die Heyrath nicht mehr erfolgen kan: z. B. er hat eine andere Perſon bereits geheyrathet — oder ihre Aeltern wollen in die Heyrath nicht willigen n). Hingegen iſt der Schwängerer zu keinem von beyden, weder zur Heyrath, noch zur Dotation verbunden, wenn ihm die Geſchwächte die Wahl, ſie zu heyrathen, oder zu dotiren, durch ihre eigne Schuld ſelbſt entzogen hat o); welches z. B. der Fall iſt, wenn ſie ſich verheyrathet hat, oder ſich zum zweytenmale von einem Andern hat ſchwängern laſſen, oder ſchon vorher ein ſtuprum erlitten hat. Indeſſen hindert dieſes ſie nicht auf die Alimentation des Kindes zu klagen; denn dieſem hat ſie ſein Recht durch ihre Handlungen nicht entziehen können p).

Was die Frage anlangt: **vor welchem Gericht die Geſchwächte ihre Klage anſtellen müſſe?** — ſo hat man folgende Fälle von einander zu unterſcheiden.

1) Klagt ſie auf **Alimentation** des Kindes, ingleichen auf **Erſtattung** der bey deſſen Geburt, Taufe, und im Kindbette aufgewendeten **Unkoſten**, zugleich aber auch auf ihre **Abfindung** — welchem gemäß das Geſuch im Lehrbuche abgefaßt iſt — ſo ſind im Grunde **drey** beſondere Klagen vorhanden, welche ſimul-

m) *Io. Pet. de Ludewig* different. jur. rom. et germ. in ſtupro ſub matrimonii ſpe; differ. 1. num. 2. *Berger* Oecon. Iur. Lib. I. Tit. 3. §. 6. Quiſtorp in den Beyträgen, 2. St. Num. 13. *Koch* inſt. jur. crim. §. 282.

n) *Leyſer* Sp. 583. Med. 5.

o) *Koch* §. 283.

p) *Wernher* P. IV. obſ. 72.

ſimultaniſch miteinander cumulirt worden. 1) In Anſehung der Alimentation des Kindes, die actio de partu agnoſcendo vtilis. 2) Die Klage, wodurch ſie den Erſatz der bey der Geburt und Taufe des Kindes, ſo wie im Kindbette aufgewandten Unkoſten, verlangt, iſt die actio negotiorum geſtorum contraria; und 3) die auf die Abfindung gerichtete, iſt die condictio ex moribus. — Die beyden erſtern Klagen gehören für den weltlichen Richter. Der **Abfindungs-Klagpunkt** aber ſollte eigentlich, weil doch zugleich mit — wiewohl nur alternativiſch — auf die Ehe geklagt wird, und alſo eine Eheſache vorhanden iſt, vor den geiſtlichen Gerichten anhängig gemacht werden q); allein die Praxis nimmt es hier nicht ſo genau, und es kan nach ſolcher der Abfindungspunct vor dem weltlichen Richter mitverhandelt werden.

Es kan nun aber auch ſeyn, daß der Schwängerer eine oder die anderer ſeiner Verbindlichkeiten gegen die Geſchwächte, bereits erfüllt hat, und daß ſie ſich genöthigt ſieht, wegen der bis jetzt **nicht erfüllten** Verbindlichkeit zu klagen. Denn jede der angezeigten Forderungen der Geſchwächten, beruht, wie gezeigt worden, auf einem beſondern Grunde, daher concurriren auch drey beſondere Klagen, deren jede allein anzuſtellen, ihr unbenommen iſt. Klagt ſie daher

II) **allein** auf die **Alimentation** des Kindes, ſo muß dies vor den weltlichen Gerichten geſchehen.

III) Klagt ſie allein auf die **Abfindung**, und zwar **alternativiſch**, das heißt: daß ſie der Schwängerer entweder heyrathen, oder dotiren ſoll; ſo muß ſie, indem die hier mit eintretende Eheſache als der Hauptpunkt

q) Des Verf. Theorie des ſumm. Proc. §. 367.

punkt angeſehen wird, ſich an das geiſtliche Gericht wenden.

IV) Hat der Schwängerer keine Wahl zwiſchen der Heyrath und der Dotation; ſo muß, wenn er ſchlechterdings zur Heyrath verbunden iſt, aus dem angeführeen Grunde, ebenfalls vor dem geiſtlichen Gericht geklagt werden. Iſt er aber ſchlechterdings zur Dotation verbunden, ſo gehört die Sache für den weltlichen Richter.

§. 358.

Dem in Klage genommenen Schwängerer kommen jedoch folgende Einreden zu Statten:

1) **Er habe mit der Klägerin gar nichts zu thun gehabt.** Hier muß dieſe beweiſen, daß er Kläger zum Kinde ſey, und der Kläger braucht nicht einmal während des Prozeſſes das Kind zu ernähren.

2) **Klägerin habe zu gleicher Zeit mit mehreren Mannsperſonen zu thun gehabt.** Eigentlich ſagt dieſe Einrede ſoviel: er, Beklagter leugne zwar nicht, daß er den Beyſchlaf mit der Klägerin ausgeübt habe; aber er könne nicht zugeſtehen, daß er des Kindes Vater ſey, dieſer ſey vielmehr ein Anderer, weil Klägerin mit ihm nicht allein, ſondern zu gleicher Zeit mit Mehreren zu thun gehabt habe. Wenn hier der Beklagte ſogleich darthun kan, daß die Klägerin zu gleicher Zeit mit mehreren Mannsperſonen zu thun gehabt hat, ſo braucht er das Kind nicht zu ernähren; denn da iſt der Vater des Kindes ungewiß, und die Klägerin als eine Hure anzuſehen, welche ihr Kind ſelbſt

ſelbſt ernähren muß r). Kan er hingegen ſolches nicht ſogleich darthun, ſo muß er das Kind einſtweilen und ſolange ernähren, bis der Prozeß entſchieden iſt s). Denn da er doch den Beyſchlaf eingeſtanden hat, ſo muß ihm die einſtweilige Alimentation vom Richter auferlegt werden, welches Erkenntniß ein decretum *interimiſticum* genennt wird t). Hat er aber ſeinen Beweis hinausgeführt, dann liegt die fernere Alimentation des Kindes der Mutter ob, und dieſe muß ihm nicht allein die dem Kinde einſtweilen dargereichten Alimente, ſondern auch alle Unkoſten erſetzen.

Hier entſteht aber die Frage: **Kan der Beklagte, in Ermangelung anderer Beweismittel, der Klägerin darüber, daß ſie zu gleicher Zeit mit mehreren Mannsperſonen zu thun gehabt habe, den Eyd zuſchieben?** Die Frage iſt allerdings von Erheblichkeit, denn gar oft verwerfen die Richter eine ſolche Eydeszuſchiebung als unzuläßig, und zwar gewöhnlich aus dem Grunde: weil von einer cauſa famoſa die Rede ſey, wo der Eyd nicht deferirt werden könne.

Allein dieſe Meinung beruht auf einem ganz falſchen Prinzip. **Einmal** iſt es ganz ungegründet, daß in cauſa famoſa der Eyd nicht zugeſchoben werden könne v); die Geſetze verordnen klar das Gegentheil

r) L. 5. §. 4. 8. D. de agnoſc. vel alend. lib.

s) L. 7. D. eod.

t) *Wernher* P. I. obſ. 63. *Stryck* diſſ. de decreto interimiſtico.

v) *Wernher* P. II. obſ. 494. und in poſit. practic. circa mater. probat. Cap. VI. §. 4. ſqq. *Leyſer* Sp. 135. Med. 9. *Hommel* rhapſ. obſ. 262. *Hellfeld* jurisprud. for. §. 799. *Schaumburg* in princ. proc. jud. Lib. I. Sect. I. Membr. 3. Cap. 5. §. 2.

theil. So kan z. B. der Injuriirte dem Injurianten über die Injurie x), — der Beſtohlne dem Diebe über den Diebſtahl y) — den Eyd zuſchieben. Warum ſoll dies nicht auch in Anſehung eines über einen unzüchtigen Beyſchlaf entſtandenen Streits, der ſo gut eine causa famosa iſt, wie der Proceß in Anſehung begangener Injurien, oder in Anſehung eines Diebſtahls, gelten? Zweytens würde es auch höchſt unbillig ſeyn, wenn man dem Beklagten dieſes Beweismittel abſchneiden wollte. Denn da es immer ſehr ſchwer halten wird, den Beyſchlaf mit mehreren Perſonen, durch Zeugen zu beweiſen, und noch ſchwerer durch Urkunden z); ſo bleibt dem Beklagten nichts weiter übrig, als die Eydeszuſchiebung. Indeſſen kan aber dem Beklagten das Recht, dieſes Beweismittels ſich zu bedienen, nicht ohne Einſchränkung, und nur unter der Vorausſetzung zugeſtanden werden, daß er ſolche Umſtände darthun könne, welche den Verdacht, daß die Klägerin wohl mit mehreren Mannsperſonen zu thun gehabt haben möchte, eini-

x) L. 5. §. 8. D. de injur., wo es heißt: hac lege permittitur actori jusjurandum deferre, vt reus juret, *injuriam ſe non feciſſe.*

y) L. 52. §. 27. D. de furt.

z) Denkbar iſt indeſſen gleichwohl ein ſolcher Beweis. Man denke ſich den Fall, daß die Klägerin von verſchiedenen Perſonen in unzüchtigem Umgange mit mehreren Mannsperſonen, außer dem Beklagten, angetroffen worden — oder daß dem Beklagten Briefe in die Hände gerathen ſind, welche die Klägerin an mehrere Mannsperſonen geſchrieben hat, worinne ſie dieſen, und zwar jedem beſonders ihre Schwangerſchaft kund thut, und ein Stück Geld verlangt, wenn ſie keinen als den Thäter ihrer Schwangerſchaft gerichtlich angeben ſolle. Dergleichen unzüchtige Perſonen giebt es leider!

nigermaßen begründen. Keineswegs hingegen darf ihm nachgelaſſen ſeyn, in Ermangelung eines ſolchen Verdachts, aus bloßer Chikane, der Eydeszuſchiebung über ſothanen Umſtand ſich zu bedienen, ſonſt würde mancher ſchlechtdenkende Beklagte, welcher weiß, daß die Klägerin, bey aller ihrer Unſchuld, aus allzugroßer Gewiſſenhaftigkeit nicht ſchwören wird, ſich mit der Ausflucht, daß dieſelbe mit mehreren Mannsperſonen zu thun gehabt habe, ſchützen, und hernach dadurch, daß ſie den ihr darüber zugeſchobenen Eyd nicht ableiſten will, von ſeiner Verbindlichkeit loskommen können. Ob nun aber ein dergleichen Verdacht auch wirklich vorhanden ſey, hat der Richter zu beurtheilen, und dabey auf die individuellen Umſtände, beſonders aber auf die bekannte Lebensart der Klägerin, ingleichen auf den Ruf, worinne ſie bey dem Publikum ſteht, Rückſicht zu nehmen.

3) Klägerin habe ſich ſchon vorher von einem Andern ſchwängern laſſen; oder: ſie ſey nach der von ihm erlittenen Schwängerung anderweit von einem Andern geſchwängert worden.

Wenn ſie ſich ſchon vorher von einem Andern hat ſchwängern laſſen, ſo kan ſie von dem zweyten Schwängerer, dem dermaligen Beklagten, keine Satisfaction verlangen a); denn in dieſem Fall iſt ſie keine unberüchtigte Jungfrau oder Witwe, mit welcher eigentlich ein ſtuprum nur begangen wird, ſondern eine Hure, und eine ſolche könnte, wenn ſie zu einer Satisfactionsforderung berechtiget wäre, oft Unzucht treiben, um durch die jedesmalige Ausſteuer ſich etwas zu erwerben.

Wenn

a) Anderer Meinung iſt zwar *Wernher* P. VII. obſ. 135. allein ohne hinreichenden Grund.

Wenn die Klägerin nach der erſten Schwängerung, weshalb ſie gegenwärtig klagt, ſich anderweit hat ſchwängern laſſen, ſo fällt zwar die Verbindlichkeit des Beklagten zur Abfindung weg; hingegen die Alimentation des Kindes kan ſie deſſenungeachtet ſowohl in dieſem, als im vorhergehenden Falle verlangen, denn dieſe kan bey jeder Schwängerung gefordert werden.

4) **Beklagter könne, wenn man die Zeit des angeblichen Beyſchlafs und der Niederkunft der Klägerin, miteinander vergleiche, von dem Kinde nicht Vater ſeyn.** Dieſe Einrede ſetzt eine ſolche Zeit voraus, da vom begangenen Beyſchlaf bis zur Zeit der Niederkunft, entweder **noch nicht** 7 **Monate** (182 Tage), oder **mehr als** 10 **Monate** verfloſſen ſind. Z. B. ſie ſpricht, er habe vor einem Vierteljahre mit ihr zu thun gehabt. Hier fällt die Verbindlichkeit ſowohl zur Alimentation des Kindes, als zur Abfindung gänzlich weg. Hat aber der Schwängerer den Beyſchlaf eingeſtanden, ſo wird er doch geſtraft, wie er denn auch für den Vater des Kindes angenommen wird, wenn er vor 7 oder 10 Monaten den Beyſchlaf ausgeübt zu haben, eingeſtanden hat b).

b) Die zwey äußerſten Friſten, welche die Geſetze bey Beurtheilung der Frage: ob ein in der Ehe erzeugtes Kind für rechtmäßig zu halten ſey? beſtimmen, müſſen unſtreitig auch in Anſehung unehelicher Kinder gelten, ſo oft davon die Rede iſt, ob Jemand Vater eines ſolchen Kindes ſey. Dies iſt um deswillen zu behaupten, weil der Grund jener Beſtimmung in Anſehung der ehelichen Kinder, allgemein iſt, und auch auf die unehelichen paßt. Der Grund ſothaner Beſtimmung iſt nämlich kein anderer als der, **weil beſon**dere

5) Jede andere Unmöglichkeit, daß Beklagter Vater zum Kinde ſeyn könne. Was oben bey der actione de partu agnoſcendo directa (§. 393) geſagt worden, findet auch hier ſeine Anwendung.

6) Ein getroffener Vergleich. Wenn ſich der Beklagte mit der Klägerin ſchon verglichen haben ſollte, ſo iſt dies entweder überhaupt, auf unbeſtimmte Art geſchehen, oder insbeſondere, auf beſtimmte Art, ſowohl wegen ihrer Satisfaction, als wegen der Alimentation des Kindes. Im erſten Fall iſt der Vergleich eingeſchränkt zu verſtehen, nämlich blos von ihrer Satisfaction, daß ſie der Schwängerer weder zu heyrathen, noch zu dotiren brauche. Die Alimentation des Kindes kan deſſenungeachtet noch gefordert werden. Im letztern Fall kan ſie zwar für ſich nichts weiter fordern; allein, was den Vergleich wegen der Alimentation des Kindes anbetrift, ſo darf ein ſolcher Vergleich eigentlich anderergeſtalt nicht, als unter obrigkeitlicher Concurrenz und Genehmigung geſchehen. Es muß dem unehelichen Kinde Obrigkeitswegen ein Vormund beſtellt, oder der Mutter die Vormundſchaft über daſſelbe aufgetragen werden, und wenn dies geſchehen, kan, nach vorhergegangener Unterſuchung des Richters, mit dem Schwängerer ein kräftiger und gültiger Vergleich geſchloſſen werden c). Ohne Beobachtung dieſer Solennitäten kan ein ſol-

dere Urſachen eine Geburt theils beſchleunigen, theils verzögern können.

c) *Claproth* in jurisprud. extrajud. Sect. II. Membr. 2. Cap. 2. Tit. 6. §. 188. Quiſtorp in den Grundſätzen des deutſchen peinlichen Rechts, §. 482. *Berger* Oec. jur. Lib. III. Tit. 2. §. 4. n. 7. Renthe, in ſeinem bereits an-

ſolcher Vergleich keine Gültigkeit haben, und das Kind iſt, ſobald es die Jahre ſeines Verſtandes erlangt hat, ſolchen umzuſtoßen, und von ſeinem unehelichen Vater Erſatz alles Schadens, welchen es durch den ungültigen Vergleich erlitten, zu fordern berechtiget d).

7) **Es habe der Klägerin Geſuch um Abfindung nicht Statt.** Der Urſachen, weshalb eine Geſchwächte von dem ſtuprator keine Abfindung fordern kan, giebt es mancherley. Dahin gehört: 1) wenn ſie den Schwängerer ſelbſt zum Beyſchlaf verleitet; 2) wenn ſie demſelben um Lohn ihren Leib preiß gegeben hat; 3) wenn ſie ſchon vorher von einem Andern geſchwängert worden iſt; 4) wenn ſie gewußt hat, oder doch hat wiſſen können, daß ſie der Schwängerer nicht heyrathen könne; z. B. wegen allzunaher Verwandſchaft, oder, weil er ſchon verheyrathet iſt, u. ſ. w. e). Auf den letztern Umſtand kan jedoch replicirt werden, daß ſie ſolches nicht gewußt, und der Beklagte ſie verführt habe f).

Von

angezogenen Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der Lehre von den Transacten §. 40.

d) Renthe a. a. O.

e) *Carpzov* in pr. rer. crim. qu. 68. n. 72. ſqq. *Wernher* P. IV. obſ. 244. Anderer Meinung ſind aber: *Boehmer* in I. E. P. Lib. V. Tit. 16 §. 12 *Berger* in elect. proceſs. matr. p. 279 et 524. *Leyſer* Sp. 583. Med. 9 *Koch* in inſt. jur. crim. §. 283. u. a. m.

f) *Richter* deciſ. 88. n. 14. *Leyſer* Sp. 583. Med. 8. ſqq.

Von den Klagen wegen der väterlichen Gewalt.

§. 399. – 409.

Die väterliche Gewalt bringt gar wichtige Rechte und Verbindlichkeiten, ſowohl in Anſehung der Perſonen, als der Güter der Kinder hervor. Hier iſt aber nicht der Ort, ſolche weitläufig zu entwickeln, ſie werden in den Inſtitutionen und Pandekten abgehandelt g). Dieſer Rechte und Verbindlichkeiten wegen, kan nun ſowohl **petitoriſch**, als **poſſeſſoriſch** geklagt werden, und es treten hier in Anſehung der Beſtimmung, wenn jenes oder dieſes zu bewerkſtelligen, und der verſchiedenen Gattungen der **petitoriſchen** Präjudicialklage, die im §. 220 u. ff. ausführlich enthaltenen Grundſätze ein. Die Natur und das Weſen dieſer einzelnen Klagen aber ergiebt ſich ſowohl überhaupt aus den bereits abgehandelten ähnlichen Klagen, als aus demjenigen, was dieſerhalb beſonders im §. 400. u. ff. des Lehrbuchs anzutreffen; und welches ohne weitere Erläuterung verſtändlich iſt. Wir befaſſen uns nur damit, von den poſſeſſoriſchen Klagen, das *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis*, zu erklären.

Von dem Interdicto *de liberis exhibendis*, *item ducendis*.

§. 410.

Der **Grund** dieſes Rechtsmittels iſt der Umſtand, daß Jemand einen unter unſerer Gewalt ſtehenden Menſchen bey ſich hat, und denſelben entweder nicht darſtel-

g) Höpfner's Commentar über die Heineccius'ſiſchen Inſtitutionen, §. 99—104, und des Autors inſtitut. jur. civ. §. 662—679.

ſtellen, oder uns verabfolgen will. Zum Weſen dieſes Rechtsmittels gehört, daß ſich der Menſch, deſſentwegen dieſes Interdict angeſtellt werden ſoll, unter des Imploranten Gewalt befinden muß. Denn iſt er ſein eigner Herr, ſo muß vielmehr das Interdictum de libero homine exhibendo, — wovon im Vorhergehenden (§. 262. u. ff.) gehandelt worden — angeſtellt werden.

Der Ausdruck: darſtellen, zeigt das Interdictum de liberis *exhibendis*; das Verabfolgen aber, das Interdictum de liberis *ducendis*, an. Jenes bahnt insgemein den Weg zu dieſem, denn ehe Jemand einen Menſchen mit ſich nehmen kan, muß ihm ſolcher erſt vorgeſtellt werden h). Das Recht, einen unter unſerer Gewalt ſtehenden Menſchen, den uns ein Anderer vorenthält, mit ſich zu nehmen, heißt das *Ius ductionis* i). Beyde Interdicte können vereinigt gebraucht, aber auch einzeln angeſtellt werden, und zwar:

1) das Interdictum de liberis *exhibendis*. Z. B. ein Sohn iſt in einen geiſtlichen Orden getreten, und ſein Vater will wiſſen, ob er es freywillig gethan hat, oder ob er durch liſtige Ueberredung dazu verleitet worden. Hier kan er verlangen, man ſoll ihm ſeinen Sohn vorſtellen, damit er ihn darüber examiniren könne; er kan aber nicht verlangen, ihm ſolchen ſogleich verabfolgen zu laſſen k).

So auch

2) das Interdictum de liberis *ducendis*, wenn die Aeltern, ihre Kinder mit ſich zu führen, verhindert wer-

h) L. 3. §. 1. D. de liber exhib. it. ducend.
i) L. 3. §. 1. D. eod.
k) *Brunnemann* ad L. fin. D. de lib. exhib.

werden. Dergleichen trug ſich bey der bekannten Salzburgiſchen Emigration zu. Da wollte man den Aeltern gar nicht geſtatten, ihre Kinder mit ſich zu nehmen; die Aeltern bedienten ſich aber dieſes Interdikts.

Uebrigens iſt dieſes Interdictum entweder *directum* oder *utile*. Jenes findet Statt, wenn der Menſch, von dem die Rede iſt, unter väterlicher, dieſes aber, wenn er unter einer andern Gewalt ſich befindet.

§. 411.

Der Implorant iſt derjenige, dem über den Menſchen, über welchen der Streit entſtanden, Gewalt (imperium, poteſtas), das heißt, das Recht, dieſes Menſchen Handlungen zu einem gewiſſen Zweck zu leiten, zuſteht; es mag nun dieſes väterliche, oder eine andere Gewalt ſeyn. Daher kan der Vater oder Grosvater, in Anſehung ſeiner unter der väterlichen Gewalt ſtehenden Kinder oder Enkel l); der Ehemann in Anſehung ſeiner Frau m); der Abt in Anſehung ſeiner ihm untergebenen Mönche; der Leibherr in Anſehung der Leibeigenen n) dieſes Interdict anſtellen.

§. 412.

Der Imploratiſt derjenige, welcher den unter Implorantens Gewalt ſtehenden Menſchen weder darſtellen, noch verabfolgen laſſen will.

§. 413.

Die Bitte hat man dahin zu richten: Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er Imploranten den Menſchen darſtelle, und nicht länger vorenthalte, ſondern ſofort ungehindert verabfolgen laſſe.

§.

l) L. 1. §. 1. 2. D. L. 2. 6. eod.
m) L. 2. D. eod.
n) *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XLIII. Tit. 30. §. 8.

§. 414.

Einreden gegen dieſes Interdict ſind:

1) **Der Menſch, von dem die Rede, ſtehe nicht mehr unter Implorantens Gewalt.** Nach römiſchem Recht iſt dies der Fall, wenn er bereits emancipirt iſt, oder bey uns in Deutſchland, wenn der Sohn ſeine eigne Haushaltung angeſtellt hat. Hierher gehört auch, wenn er bereits in einem rechtskräftigen Urthel von der Gewalt freygeſprochen worden o). Da muß allenfalls das Interdictum *de libero homine exhibendo*, wider denjenigen, welcher den Menſchen bey ſich verheimlichet, angeſtellt werden. — Leugnet der abgeforderte Menſch ſelbſt, daß er noch unter des Imploranten Gewalt ſtehe, ſo muß dieſer eine behauptende Präjudicialklage, z. E. die actionem de patria poteſtate affirmativam, wider ihn anſtellen p).

2) **Implorant halte den Menſchen nicht wider deſſen Willen bey ſich auf.** Hierauf dient aber zur Replik: Implorat habe ſolchen verführt q). Z. B. Jemands Sohn läßt ſich von einigen Mönchen bereden, ſeinen Vater heimlich zu verlaſſen, und ſich in ihren Orden zu begeben. Hier kan der Vater wider die Mönche klagen.

3) **Es komme Imploraten ſelbſt über den Menſchen Gewalt zu.** Dieſe Einrede kan vorkommen: **erſtens**, wenn der Vater die Tochter von deren Ehemanne herausfordert. Hier geht der letztere dem erſten, wegen ſeiner ehemännlichen Gewalt, vermöge deren er ſelbſt wider ſeinen Schwiegervater dieſes Interdict vtiliter gebrauchen könnte, wenn ihm ſolcher ſeine Toch-

o) L. 1. §. 4. D. de liber exhib.

p) L. 3. §. 3. D. L. 1. C. eod.

q) arg. L. 3. §. 5. D. de hom. lib. exhib. *Leyſer* Sp. 17. Med. 1.

Tochter vorenthielte, vor r). Es kan jedoch der Schwiegervater auf dieſe Einrede: daß keine rechtmäßige Ehe vorhanden ſey, daß z. B. die Tochter ſich ohne ſeine Einwilligung verheyrathet habe, repliciren s). — Zweytens, kan dieſe Einrede bey einem Unmündigen vorkommen, wenn der Implorat über ſolchen die väterliche Gewalt vor Imploranten zu haben vermeinet. Hier muß der Richter die Erörterung des durch dieſes Interdict rege gemachten Streits ſo lange, bis das Kind mündig worden iſt, ausſetzen, und, bey wem es einſtweilen erzogen werden ſoll t), beſtimmen.

4) **Der zurückgeforderte Menſch werde von Imploranten zu hart gehalten.** Dieſe Einrede kömmt der Mutter des Kindes zu Statten, wenn ſie von ihrem Manne entweder gänzlich, oder nur von Tiſch und Bette geſchieden iſt, und er von ihr das Kind herausverlangt, ſie aber darzuthun vermag, daß das Kind bey ihm nicht wohl aufgehoben ſey v). In einem ſolchen Fall bekömmt der Mann die Erziehung des Kindes nicht, ob ihm gleich die väterliche Gewalt über daſſelbe nicht entzogen wird x).

Außer dieſen Einreden findet ſo leicht keine weiter wider dieſes Interdict Statt y).

§.

r) L. 1. §. 5. L. 2. D. de liber exhib.

s) *Lauterbach* l. c. §. 5.

t) L. 3. §. 4. D. de liber. exhib.

v) L. 1. §. 3. L. 3. §. 4. 5. D. eod.

x) *Lauterbach* l. c.

y) L. 1. §. 2. D. de liber exhib.

§. 415.

Wenn endlich drittens zwiſchen Aeltern und Kindern über etwas Anders als über die Aeltern- oder Kindſchaft, oder über die väterliche Gewalt, ſondern über gewiſſe auf den älterlichen Zuſtand unmittelbar ſich beziehende Verbindlichkeiten, geſtritten wird (§. 366); ſo kan dieſer Streit entweder Alimente, oder eine Emancipation betreffen. In Anſehung jenes Streits tritt die oben abgehandelte Alimentenklage (§. 342—347) ein; auf eine zu erlangende Emancipation aber zweckt die *actio de emancipandis liberis* ab, von welcher hier kürzlich zu handeln iſt.

Der Grund dieſer Klage iſt eine gerechte Urſache, weshalb die väterliche Gewalt, den davon abhängenden Rechten nach, verlohren geht. — So wenig in der Regel der Vater das Recht hat, die Kinder wider ihren Willen, ſo lange ſie ihr Brod ſelbſt noch nicht verdienen können, zu verſtoßen, und ſich der väterlichen Gewalt über dieſelben zu begeben z): ſo wenig kan ihm die väterliche Gewalt gegen ſeinen Willen genommen werden. Soll er wider ſeinen Willen genöthiget werden, die Kinder zu emancipiren, ſo muß eine gerechte Urſache dazu vorhanden ſeyn. Dergleichen iſt:

1) wenn er die Kinder grauſam und barbariſch behandelt a);

2)

z) Eine einzige Ausnahme iſt, und zwar dann, wenn die Kinder eine ſolche Handlung begehen, worauf die Enterbung geſetzt iſt. *Leyſer* Sp. 17. cor. 3. Höpfner im mehrmals angezogenen Commentare, §. 159.

a) L. fin. D. Si a parente quis manumiſſ.

2) wenn er die Töchter zwingen will, ſich für Geld zur Unzucht gebrauchen zu laſſen b);

3) wenn er ſich zum zweytenmal verheyrathet, und eine Ehe im verbotenen Grad (nuptiae inceſtae) eingeht c);

4) wenn ihm Jemand unter der Bedingung etwas vermacht oder ſchenkt, daß er die Kinder emancipiren ſoll, und er dieſes Vermächtniß oder Geſchenk annimmt d);

5) wenn er ein Kind zu deſſen Nachtheil arrogirt hat, und dieſem, nachdem es mündig worden, die Arrogation misfällt e);

6) bey uns heut zu Tage, wenn der Sohn zu den Jahren und Verſtande gelangt iſt, daß er ſeine eigene Haushaltung anfangen kan, und der Vater ihm ſolches nicht geſtatten will, um z. B. deſſen mütterliches Vermögen noch länger in den Händen zu behalten, und zu nutzen;

7) wenn er die Kinder ausſetzt f).

Der

b) L. 12. C. de epiſcop. aud. L. 6. C. de ſpectac.

c) Nov. 12. Cap. 2.

d) L. 92. D. de condit. et demonſtr. L. 1. §. 3. D. Si a par. quis manum.

e) L. 32. D. de adopt. et emancip.

f) L. 2. C. de infant. expoſ. Nov. 153. cap. 1.

Der Implorant iſt das Kind, welches noch unter der väterlichen Gewalt ſteht, und davon frey zu werden wünſcht.

Der Implorat iſt derjenige, unter deſſen väterlicher Gewalt ſich der Implorant befindet, beſonders der Vater, weil nach römiſchem Recht nur dieſem die väterliche Gewalt über die Kinder zuſteht.

Das Geſuch iſt: zu erkennen, daß Implorat den Imploranten von der väterlichen Gewalt frey zu geben, verbunden.

Zur Einrede dient überhaupt alles dasjenige, wodurch das Vorhandenſeyn der angeblichen gerechten Urſache geleugnet wird.

III. Von der Familienklage wegen des hausherrlichen Zuſtandes, (§. 289).

§. 416.

Die Perſonen, zwiſchen welchen das Verhältniß, welches man den **hausherrlichen Zuſtand** (status herilis) nennt, vorhanden iſt, ſind der **Hausherr** (herus), oder die **Hausfrau** (hera), und das Geſinde. Dieſes letztere kan ſowohl aus **freyen** als **unfreyen** Leuten beſtehen. Freye Menſchen ſind ſie an denjenigen Orten, wo keine Leibeigenſchaft vorhanden iſt. An denjenigen Orten hingegen, wo dergleichen herrſcht, beſteht das Geſinde gemeiniglich aus Leibeigenen, und alſo **unfreyen** Leuten.

§.

§. 417.

Die Klage, welche in Anſehung des hausherrlichen Zuſtandes Statt findet, iſt die actio *de ſtatu herili*, welche, wie alle Präjudicialklagen, bejahend oder verneinend iſt, je nachdem, daß man des Andern Dienſtherr oder Geſinde ſey, behauptet oder verneint wird. Bey uns dürfte jedoch dieſe Klage ſchwerlich vorkommen, da gemeiniglich der zwiſchen der Dienſtherrſchaft und dem Geſinde etwa ſich hervorthuende Streit, blos die in Anſehung der Dienſtleiſtung vorkommenden Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenſtand hat.

Die Dienſtherrſchaft hat nämlich überhaupt das Recht, häusliche Dienſte, und in deren Rückſicht, Gehorſam von dem Geſinde zu verlangen. Dagegen liegt aber auch derſelben die Verbindlichkeit ob, dem Geſinde ſowohl hinreichenden Unterhalt, als den verſprochenen Lohn zu reichen. Die Beſtimmung dieſes blos perſönlichen Verhältniſſes und der zu leiſtenden Dienſte, iſt überhaupt aus den Grundſätzen der locationis conductionis operarum herzunehmen, insbeſondere aber nach der etwa getroffenen beſondern Verabredung und bedungenen Qualität des angenommenen Bedienten, welche nach der Verſchiedenheit des Standes der Dienſtherrſchaft und der zu leiſtenden Dienſte, gar mannigfaltig iſt, feſtzuſetzen g). In manchen Landen ſind beſondere Geſinde- oder Dienſtbo-

g) Schott im Eherecht §. 195. *Andr. Brummer* diſſ. de ſocietate herili. Lipſ. 1651. *Ioh. Iac. Müller* diſſ. de ſocietate herili. Ienae 1690. *Ioh. Schulze* diſſ. de poteſtate herili. Gedani 1694. *Ioh. Theod. Scheffer* diſſ. de jure famulorum, vom Recht der Dienſtbothen, u. ſ. w. Tub. 1730. 1754.

boten-Ordnungen eingeführt. Wo nun dergleichen vorhanden, da findet in Anſehung der ſich hervorthuenden Dienſtſtreitigkeiten, eine bloße Imploration aus ſolchen Statt. In Ermangelung dergleichen beſonderen Geſinde-Ordnungen aber, muß aus dem Miethcontracte geklagt werden.

Von der Verbindlichkeit des Geſindes zur Verrichtung der häuslichen Dienſte, bemerke man übrigens noch folgendes:

1) Wenn dieſe Dienſte nicht gehörig geleiſtet werden, und dem Geſinde deshalb Schuld beygemeſſen werden kan, ſo hat die Dienſtherrſchaft das Recht, ſolches mäßig, das heißt, auf eine ſolche Art, zu züchtigen, daß dadurch weder deſſen Ehre noch Geſundheit leidet h).

Geht das Geſinde vor geendigter Miethzeit ohne gerechte Urſache aus dem Dienſt, ſo braucht ihm die Herrſchaft keinen Lohn zu geben, nicht einmal denjenigen, welchen es, auf die Zeit, ſo lange es im Dienſte geweſen, verdient zu haben vermeinet. Denn der Liedlohn verſteht ſich von der ganzen Miethzeit, wenn das Geſinde ſolche aushält i).

2)

h) L. vn. C. de emendat. ſervor. L. 3. C. de patr. pot. *Hopp* ad §. 2. I. de his qui ſui vel al. jur. *Berger* in oecon. jur. Lib. I. Tit. 3. §. 2. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 121. Dieſem juri domeſticae emendationis unterwerfen ſich die Dienſtboten, wenn ſie ſich vermiethen, ſtillſchweigend. Denn es geht nicht an, wegen aller und jeder Unfertigkeiten, welche das Geſinde begeht, die Obrigkeit zu überlaufen und Hülfe zu ſuchen.

i) *Carpzov* P. II. Conſt. 51. def. 13. *Berger* l. c. §. 10. th. 6. not. 3.

2) Kan dem Geſinde keine Schuld beygemeſſen werden, ſo hat entweder die Dienſtherrſchaft die Leiſtung der Dienſte verhindert — z. B. ſie hat dem Dienſtboten vor geendigter Miethzeit, ohne gerechte Urſache ſeinen Abſchied gegeben —; oder das Geſinde iſt durch einen Zufall —, z. B. durch Krankheit —, an der Dienſtleiſtung behindert worden. Im erſten Fall kan der Dienſtbote den ganzen Lohn fordern k). Im letztern Fall aber braucht ihm, nach der Strenge der Rechte, kein Lohn gegeben zu werden l), es wäre denn, daß die Krankheit durch übermäßige Arbeit, welche ihm die Dienſtherrſchaft auferlegt hat, verurſacht worden m), oder daß der Dienſtbote nur auf einige Tage durch Krankheit, oder ſonſt, von ſeinen Dienſtverrichtungen abgehalten worden wäre n).

IV. Von der Familienklage wegen des Verwandſchaftszuſtandes.

§. 418 — 419.

Die Familienklage findet endlich auch wegen des Verwandſchaftszuſtandes Statt (§. 289), wenn näm-

k) L. 38. pr. D. de loc. cond. Sächſ. Landr. I. B. Art. 32. *Carpzov* l. c. num. 6.

l) Denn hier iſt die Krankheit eine Widerwärtigkeit, welche derjenige, den ſie betrifft, ſelbſt über ſich ergehen laſſen muß. *Struv* exerc. 24. th. 22. *Chriſt. Lud. Stieglitz*, progr. famulis aegrotantibus aut eorum mortuorum heredibus mercedem integram annuam praeſtandam atque ſoſtrum pro eorum ſalute ſolvendum eſſe. Lipſ. 1769.

m) *Wernher* P. IX. obſ. 107.

n) L. 4. §. 5. D. de ſtatu lib.

nämlich der Streit die Frage: ob Jemand eines Andern Verwandter entweder überhaupt, oder ob mit der Verwandtſchaft eine gewiſſe Eigenſchaft verbunden ſey? zum Gegenſtande hat. Nach Verſchiedenheit der Fälle bekömmt ſie beſondere Nahmen, und es giebt daher *actionem cognationis*, *agnationis*, *fraternitatis*, *ſenioratus* o), *primogeniturae* p). In Anſehung jeder von dieſen Klagen treten die obigen allgemeinen Grundſätze von den Präjudicialklagen ein, und es bedarf daher keiner beſondern Abhandlung derſelben. — Sollte aber über das Vorhandenſeyn der Verwandſchaft ſelbſt kein Streit vorwalten, ſondern dieſer blos gewiſſe von der Verwandſchaft abhängende Rechte und Verbindlichkeiten betreffen, ſo findet blos eine Imploration in Anſehung der Verwandſchaft (§. 218. f) Statt, dergleichen z. B. die bereits abgehandelte Alimentenklage iſt.

Zweyte

o) In verſchiedenen Familien aus dem hohen Adel, hat der Senior der Familie vor den übrigen Mitgliedern, mancherley Vorrechte. Werden ihm dieſe, indem man ihm die Eigenſchaft, daß er nicht Senior ſey, ableugnet, ſtreitig gemacht, ſo muß er *actionem ſenioratus* anſtellen.

p) Die Klage, wodurch Jemand, daß er der Erſtgebohrne einer Familie ſey, und er alſo zu den mit der Erſtgeburt verknüpften Rechten zugelaſſen werden müſſe, auszuführen ſucht.

Zweyte Abtheilung.

Von den Nichtpräjudicial- oder Sachklagen (§. 143).

Erſte Unterabtheilung.

Von den dinglichen Klagen, ſowohl überhaupt, als insbeſondere.

§. 420.

Nachdem wir uns bisher mit der Abhandlung der erſten Hauptgattung der Petitorienklagen, das iſt, der Präjudicial- oder Zuſtandsklagen, beſchäftiget haben, gehen wir zur zweyten Hauptgattung der Petitorienklagen, zu den **Nichtpräjudicial- oder Sachklagen**, über. Dieſes ſind diejenigen, **welche ein anderes Recht, als das Recht der Perſonen, betreffen**, und ſie beſtehen wieder aus zwey Claſſen, nämlich aus **dinglichen** und aus **perſönlichen** Klagen.

Von

Von jeder Claſſe wird erſt überhaupt gehandelt, ſodann folgt die Abhandlung der einzelnen in ſolche gehörigen Klagen.

Zuvörderſt von den dinglichen Klagen.

Eine dingliche Klage (actio realis) iſt diejenige, wodurch man ein dingliches Recht wider Jemanden auszuführen ſucht. Ein dingliches Recht aber (jus in re, jus reale) iſt ein ſolches Recht, welches unmittelbar mit einer gewiſſen Sache und zwar dergeſtalt verknüpft iſt, daß es ſich gegen jeden Beſitzer der Sache, welcher ſie mir vorenthält, oder mich in der Ausübung des Rechts hindert, würkſam zeigt.

§. 421.

Der Grund einer dinglichen Klage iſt alſo die Zuſtändigkeit eines dinglichen Rechts an einer beſtimmten Sache; mithin muß derjenige, welcher eine ſolche Klage anſtellen will, nicht nur bereits ein dingliches Recht an der Sache ſich erworben haben, ſondern auch in der Ausübung deſſelben ſich befinden. Denn was einer noch nicht hat, davon kan er auch nicht behaupten, daß es ihm zugehöre; und eben ſo wenig läßt ſich eine gerichtliche Verfolgung eines dergleichen Rechtes gedenken, wenn man in der Ausübung deſſelben gehemmt iſt. Dieſe Zuſtändigkeit des dinglichen Rechts aber muß, weil ſolches vom Beklagten geleugnet wird, bewieſen q), und dieſer Beweis auf die Art des Erwerbes, wodurch man zu dem geklagten dinglichen Recht gelangt iſt, gerichtet werden. Auf wie mancherley Art ein dingliches Recht erlangt werde, — dies zu unterſuchen, liegt au-

 ßer

q) L. 2. C. de probat.

ßer den Gränzen des bey dieſem Buche zum Grund gelegten Plans, und iſt ein Gegenſtand der Inſtitutionen und Pandecten.

Da es übrigens, wie billig, als bekannt vorauszuſetzen, aber zum Ueberfluß unten (§. 428.) vorkommen wird, viererley Arten des dinglichen Rechts giebt; ſo muß bey jeder dinglichen Klage die Art des dinglichen Rechts, welche man mittelſt ſolcher verfolgt, beſtimmt angegeben werden. Rathſam iſt es auch zugleich des Titels mit zu gedenken, welcher bey dem Erwerb des dinglichen Rechts zum Grunde gelegen hat, mithin außer dem **nächſten** Klaggrunde, auch den **entfernten** mit anzuzeigen (§. 99).

§. 422.

Sehen wir auf den **Kläger** bey dinglichen Klagen überhaupt, ſo iſt ſolcher derjenige, welcher behauptet, daß ihm das dingliche Recht zuſtehe, übrigens mag das dingliche Recht auf ſeiner Perſon, oder auf der Sache haften, welche er mittelſt der dinglichen Klage verfolgt. — 1) Auf ſeiner **Perſon**. — Dies iſt der Fall bey den perſönlichen Dienſtbarkeitsrechten (ſervitutes perſonales): z. B. wenn Jemand den Niesbrauch von eines Andern Hauſe, oder Garten hat. — 2) Auf der **Sache**, wie z. B. das Eigenthumsrecht; ingleichen wenn man auf des Andern Sache ein dingliches Dienſtbarkeitsrecht (ſervitus realis) hat. Daß der Kläger die Sache, wegen welcher er klagt, **nicht** im **Beſitz** habe, iſt nicht immer erforderlich. Ein Nichtbeſitz iſt nur ein Erforderniß dinglicher Klagen in Anſehung **unſerer eigenen Sachen**. Denn beſitzt man ſelbige ſchon, ſo hat man nicht nöthig zu klagen, daß die Sache die unſrige ſey, und daß ſie dem Andern nicht zugehöre. Da

kömmt

kömmt uns nach dem römiſchen Rechte wider die Beunruhigungen des Andern, das Interdictum *vti poſſidetis*, oder *vtrubi*, zu Statten. Dies iſt denn auch der Grund, daß in der Regel mit einer dinglichen Klage kein remedium retinendae poſſeſſionis cumulirt werden kan (§. 148).

Hingegen in Anſehung dinglicher Klagen wegen fremder Sachen, woran uns ein Dienſtbarkeitsrecht zuſteht, iſt zu bemerken, daß der Umſtand, daß man die Sache, woran wir ein Dienſtbarkeitsrecht haben, im Beſitz hat, es nicht hindert, eine dingliche Klage, die actionem confeſſoriam oder negatoriam, anzuſtellen. Denn die Dienſtbarkeitsrechte werden uns dadurch, daß der Andere ſolche duldet, erhalten: will er alſo ſelbige nicht länger dulden, und beunruhiget uns deshalb in deren Ausübung, indem er uns das dingliche Recht leugnet; ſo muß man ſolches gegen ihn ausführen, ob man gleich im Beſitz der Sache ſich befindet r).

§. 423.

Der **Beklagte** iſt in der Regel der Beſitzer der Sache, woran uns das dingliche Recht zuſteht. Dieſes **Beſitzes** muß in der Klage gedacht werden; ſonſt iſt das Libell inept, und die Klage wird angebrachtermaßen verworfen s). Beſonders iſt dieſes dann nicht aus der Acht zu laſſen, wenn wider den Erben des vorigen Beſitzers geklagt wird, weil der Beſitz nicht ipſo jure auf den Erben übergeht. Uebrigens kömmt nichts dar-

r) L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. D. ſi ſervit. vindic. *Hopp* ad §. 2. I. de actionibus.

s) *Wernher* P. IX. obſ. 119.

darauf an, der Gegner mag würklich oder auf erdichtete Weiſe beſitzen.

Einen erdichteten Beſitz (poſſeſſio ficta) hat

1) derjenige, welcher ſich freywillig zu einem Streite aufgeworfen hat (qui liti *ſponte* ſe obtulit). Das iſt, welcher wußte, daß er würklich nicht beſitze, und, ohne daß auch der Kläger ſolches weiß, deſſen ungeachtet auf die Klage ſich einläßt, und behauptet, daß er beſitze t).

2) Derjenige, welcher aus Gefährde zu beſitzen aufgehört, und eine Sache aus ſeinem Beſitz weggeſchaft hat um dem Andern ſeine dingliche Klage zu vereiteln (qui *dolo* poſſidere deſiit, v).

3) Derjenige, welcher ſich zwar des Beſitzes nicht betrüglich entlediget, ſolchen aber mit böſem Glauben mala fide) erworben, und hernach aus Verſchulden verlohren hat x).

Hiernächſt ſetzt beſonders die Eigenthumsklage noch voraus, daß der Beklagte dem Kläger ſein vorgebliches dingliches Recht leugne, ſonſt wäre es ja unnöthig, ſolches wider ihn auszuführen. Z. B. er behauptet blos, ſie wäre ihm verpfändet, ohne mir mein Eigenthumsrecht daran ſtreitig zu machen. Daß der Gegner außerdem, daß er mir das Eigenthum an der Sache ableugnet, noch behaupten müſſe: es ſtehe viel-

t) L. 25. 26. 27. D. de rei vindic.

v) L. 27. §. 3. D. eod.

x) L. 25. § 2. D. de hered. petit. L. 63. L. 68. D. de rei vindicat.

vielmehr **ihm** ein dingliches Recht daran zu, iſt zur Anſtellung der Klage nicht erforderlich. Das bloße Leugnen iſt hinreichend, denn er braucht den Grund ſeines Beſitzes dem Kläger nicht anzuzeigen y). Beweißt der Kläger ſein dingliches Recht nicht, ſo muß der Beklagte von der Klage entbunden werden, ob er, der Beklagte, gleich keinen Grund des Beſitzes für ſich haben ſollte z). Will er aber das dingliche Recht anführen, z. E. daß ihm und nicht dem Kläger, die Sache eigenthümlich gehöre, ſo muß er ſolches beweiſen, welches nachher, wenn er den Beweis hinausführt, die Würkung haben kan, daß die Sache für die Seinige erklärt wird, und daß er ſolche auch nachher, wenn ſie ihm abhanden kömmt, von jedem Beſitzer vindiciren kan. Dies iſt eine **Contravindication**, wovon unten.

Ordentlicherweiſe iſt alſo des Beklagten Beſitz erforderlich. Die Ausnahmen ergeben ſich aus dem nächſtvorhergehenden Paragraphen.

§. 424.

Da der Kläger ſich auf ein in Zweifel gezogenes dingliches Recht gründet, welches er durch die Klage außer Streit zu ſetzen ſucht; ſo geht bey dinglichen Klagen das Geſuch dahin: **zu erkennen, daß ihm das in Klage gebrachte dingliche Recht zuſtehe.** Mit dieſem Geſuch, als dem **Hauptgeſuche**, wird nach der Natur der angeſtellten Klage ein **Nebengeſuch** verbunden, deſſen Gegenſtand iſt: daß dem Kläger auch das zugeſprochen werden möge, was eine Folge des erſtrit-

y) L. 11. C. de petit hered.

z) L. fin. C. de rei vindic.

ſtrittenen dinglichen Rechts iſt. An ſich iſt es daher fehlerhaft, wenn die Bitte bey einer dinglichen Klage ſo eingerichtet iſt, daß das Hauptgeſuch weggelaſſen und nur das gebeten wird, was eigentlich das Nebengeſuch ausmacht. Zum Beyſpiel: man hätte hypothekariſch geklagt und gebeten, zu erkennen: daß Beklagter uns das Haus ſo lange einzuräumen ſchuldig, bis wir wegen unſers Capitals und Zinſen völlig befriediget worden. Fehlerhaft iſt dieſes Geſuch um deswillen, weil es keine Realklage, ſondern eine perſönliche andeutet. Man hätte vielmehr bitten ſollen: in den Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß uns eine Hypothek an dem Hauſe *qu.* zuſtehe, derowegen Beklagter ſelbiges uns ſo lange u. ſ. w.: denn das Nebengeſuch iſt, wie gedacht, nur eine Folge aus dem Hauptgeſuch, weil einem die bloße Erklärung des dinglichen Rechts, z. B. der Hypothek, ohne die Abtretung der verpfändeten Sache, nichts helfen würde. Wenn indeſſen gleichwohl nur das Nebengeſuch ausgedrückt worden ſeyn ſollte, ſo wird deswegen das Libell nicht verworfen a).

§. 425.

Alle dingliche Klagen kommen auch den Erben zu Statten, wofern nur das dingliche Recht nicht blos der Perſon des Verſtorbenen zuſtändig, und alſo kein jus perſonaliſſimum geweſen. Gegen die Erben aber, als ſolche, finden ſie um deswillen nicht Statt, weil der Erbe, als Erbe, nur wegen der perſönlichen Ver-

a) Siehe den §. 435. des Lehrbuchs und die dazu gehörige Note n).

Verbinblichkeiten des Verſtorbenen, die mit deſſen Tode nicht erloſchen ſind, haftet, als zu deren Erfüllung er durch die Antretung der Erbſchaft, gleichſam aus einem Contracte, verpflichtet wird. Soll die dingliche Klage wider den Erben angeſtellt werden können, ſo muß er die Sache, woran der Kläger ein dingliches Recht zu haben vorgiebt, beſitzen. Da haftet er aber nicht als Erbe, ſondern als Beſitzer der Sache.

§. 426.

Den **Gerichtsſtand** anlangend, vor welchem die dinglichen Klagen anhängig zu machen ſind, ſo können ſie nicht nur im *foro rei ſitae*, ſondern auch im *foro domicilii* angebracht werden; und zwar im letztern um deswillen, weil dieſes forum ein forum generale iſt, und mit den foris ſpecialibus, wovon das forum rei ſitae eine Gattung iſt, electiviſch concurrirt.

Zuträglicher aber iſt es, das *forum rei ſitae* zu erwählen, weil der Richter, nach rechtskräftig gewordener Sentenz, die Execution gleich unmittelbar ſelbſt vornehmen kan, ſtatt deſſen er, wenn in foro domicilii geklagt worden, vom Richter dieſes fori erſt um die Execution requirirt werden müßte, wodurch der Proceß nur länger aufgehalten wird.

§. 427.

Zur **Einrede** gegen eine dingliche Klage dient **überhaupt** alles dasjenige, wodurch ein dingliches Recht **verlohren** geht; dahingegen auf ſolche Einreden alles dasjenige, wodurch ein dingliches Recht **erhalten** wird, eine **Replik** abgiebt.

Be-

Beſonders aber kan der Beklagte vorſchützen:

1) Es ſtehe Klägern das in Frage ſeyende dingliche Recht nicht zu. Hier hat es derſelbe zu erweiſen.

2) Es komme ihm keine Ausübung des befragten Rechts zu. So kan z. B. eine Ehefrau ein von ihrem Manne veräußertes Dotalſtück während der Ehe nicht vindiciren; denn ſie hat, ſo lange die Ehe dauert, nur ein dominium quieſcens b).

3) Kläger habe ſich der Klage beſonders begeben. Dieſes kan geſchehen ſeyn, **einmal, nachdem er die Klage bereits angeſtellt gehabt.** Hier kan er ſich deren nicht aufs neue bedienen. Z. B. ein Minderjähriger iſt durch einen Verkauf verletzt worden, und ſtellt deswegen nach erlangter Majorennität, binnen vier Jahren eine Reſtitutionsklage an, und will die verkaufte Sache wieder haben. Allein, da es zur Einlaſſung kömmt, und er die wichtigen Einreden ſeines Gegners erfährt, ſagt er ſich von der Sache los (liti et cauſae renunciat); gleichwohl kömmt er indeſſen nachher aufs neue. Hier ſteht ihm die exceptio expreſſae et ſpecialis remiſſionis *actionis jam inſtitutae* entgegen c). **Zweytens kan es vorher, ehe er die Klage, deren er ſich dermalen bedient, angeſtellt gehabt, geſchehen ſeyn.** Hier ſteht ihm die exceptio expreſſae et ſpecialis remiſſionis *actionis inſtituendae* entgegen d). Der Kläger aber kan hierauf repliciren: **daß er ſich nur unter einer Bedingung der Klage**

b) L. 9. C. de rei vind. L. 30. C. de jure dot.

c) L. 20. 21. D. de minorib.

d) L. 14 §. 9. D. de aedilit. edicto.

ge begeben; dieſe Bedingung ſey aber nicht exiſtent worden.

4) Es ſey eine Novation vorgegangen. Durch eine Novation wird das vorige Recht aufgehoben, und in ein anders verwandelt. Z. B. der Gläubiger hat die Hypothek fahren laſſen, und an deren Statt einen Bürgen angenommen. Alsdenn kan er nicht mehr hypothekariſch klagen.

5) Die geklagte Sache exiſtire nicht mehr (exceptio rei interitus). Z. B. das Pferd, welches vindicirt werden ſoll, iſt krepirt. Hier kan nicht dinglich geklagt werden, obgleich perſönlich, wenn die Sache durch des Beklagten Schuld zu Grunde gegangen iſt. Z. B. es hat der Erbe das mir legirte Pferd verwahrloſet.

6) Beklagter beſitze die Sache nicht. Doch hat er ſich vor dem muthwilligen Leugnen zu hüten.

7) Die Verjährung. Die Zeit der Extinctivpräſcription, wovon hier die Rede, iſt nach Verſchiedenheit des dinglichen Rechts verſchieden, wie im folgenden bey den verſchiedenen Arten des dinglichen Rechts genau angezeigt werden ſoll. Hiermit iſt aber der Fall nicht zu verwechſeln, da eine Realklage als eine nothwendige Folge erloſchen iſt, weil ein Anderer deren Gegenſtand durch die Acquiſitivpräſcription von 3, 10 oder 20 Jahren an ſich gebracht hat e).

8) Beklagter ſey bereits von der Klage rechtskräftig entbunden worden. Hierauf dient jedoch zur Replik: daß Kläger dermalen ſein dingliches

e) Man ſehe Höpfner's Commentar, §. 1184.

liches Recht auf einen ganz andern Titel, als zuvor, gegründet habe f).

9) Die Klage ſey unſtatthaft, indem Beklagter dem Kläger dasjenige, was er verlange, leiſten wolle. Als: der Gläubiger hat wider einen Dritten die hypothekariſche Klage angeſtellt, um hierdurch zu ſeiner Bezahlung zu gelangen. Der Beklagte aber ſpricht: ich will für den Schuldner bezahlen, laß mir das Pfand. Dies muß ſich der Gläubiger, ob er gleich das Pfand lieber hätte, gefallen laſſen; denn es kan auch ein Dritter ohne Wiſſen und Willen eines Schuldners, für denſelben bezahlen. Und wenn der Gläubiger bezahlt wird, ſo hat er kein Pfandrecht mehr.

Unſtatthaft hingegen iſt die Einrede mehrerer vorhandenen Erben, weil man bey einer dinglichen Klage ſich an den Beſitzer hält. Hat alſo gleich der Verſtorbene mehrere Erben hinterlaſſen, wovon aber nur einer die Sache beſitzet, ſo gehen den Kläger die übrigen Erben nichts an.

§. 428.

Das dingliche Recht hat vier Gattungen: 1) Eigenthumsrecht im eigentlichen Verſtande (dominium); 2) Dienſtbarkeitsrecht (jus ſervitutis, ſervitus); 3) Pfandrecht, (pignus, jus pignoris) und 4) Erbrecht (jus hereditarium, hereditas). Jede Gattung bringt beſondere Klagen hervor, von welchen nacheinander gehandelt wird. Wir machen mit den in Anſehung des Eigenthums Statt findenden den Anfang.

In

f) L. 14. §. 2. D. de except. rei judic.

I. Von
den des Eigenthums g) wegen, Statt findenden Klagen.

§. 429. 430.

In der weitern Bedeutung bezeichnet das Wort: **Eigenthum** (*dominium*) die Befugniß, Jedermann von der Subſtanz einer gewiſſen Sache auszuſchließen, und nach Gefallen darüber zu disponiren; mithin iſt in dieſem Verſtande auch das Dienſtbarkeitsrecht, das Pfandrecht, das Erbſchaftsrecht ein dominium h). Daher werden auch alle dingliche Klagen **Vindicationen** genennt. In engerer und eigentlicher Bedeutung aber, verſteht man unter **Eigenthum** das Recht auf eine einzelne, körperliche Sache, vermöge deſſen man über dieſelbe auf alle Weiſe disponiren, und ſie von jedem Beſitzer zurückfordern kan. Es wird auch *dominium proprietatis* genennet i); und die deshalb Statt findende Klage heißt: *rei vindicatio*.

Ein Eigenthümer hat nicht allezeit nöthig, wegen ſeines Eigenthums zu klagen, ſondern er kan dieſes Recht zuweilen mit einer Einrede, mit der exceptione

g) *W. I. Plevier* diſſ. de duplici dominio. Lugd. 1785. Joh. Theod. Reinhard's Verſuch einer ſyſtematiſchen Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte. Frankfurt und Leipzig 1800.

h) L. 3. D. Si vſusfruct. petat. L. 15. §. 8. D. quod vi aut. clam.

i) L. 17. D. Quib. mod. vſusfr. amitt. L. 12. D. ad L. Aquil.

ne *dominii* geltend machen. Dies iſt diejenige Einrede, da der Beklagte, welcher eine Sache als vermeintlicher Eigenthümer beſitzet, dem Kläger, welcher ſelbige in Anſpruch nimmt, entgegenſetzt, daß ihm (dem Beklagten die Sache zugehöre. Es kan jedoch dieſe Einrede nicht immer mit völliger Würkung entgegengeſetzt werden; ſondern es kömmt auf die Beſchaffenheit der Umſtände an.

1) Hat der Eigenthümer ſeine Sache vermöge eines Contracts, welcher ihn, ſolche wieder herauszugeben, verbindet, im Beſitz — z. B. es wird mir ein Buch entwendet, welches ich bey meinen Arbeiten gar nicht entbehren kan; ich bitte daher meinen Freund, mir aus ſeiner Bibliothek dies Buch zu leihen, und erhalte es auch, finde aber, daß es gerade das mir geſtohlne Buch iſt: — oder es verſetzt Jemand bey mir eine Uhr, die mir ſchon vor einigen Jahren geſtohlen worden iſt: — ſo kömmt es darauf an, ob die exceptio dominii ſogleich klar iſt, oder nicht. Kan ich nach dem vorigen Beyſpiel ſogleich darthun, daß das Buch, die Uhr, mir gehöre; ſo muß der Kläger mit ſeinem Suchen abgewieſen werden. Hier tritt die Regel ein: dolo facit, qui petit, quod redditurus eſt k). Denn was würde der Kläger dadurch gewinnen, wenn ihm der Beklagte auch die Sache herausgeben müßte, da dieſer hernach ſolche von ihm als ſein Eigenthum zurückfordern würde? Kan hingegen dieſe Einrede nicht ſogleich dargethan werden, ſo darf ſich der Beklagte nicht weigern, die Sache herauszugeben; indeſſen iſt ihm unverwehrt, ſein vermeintliches Eigenthum an ſelbiger, beſonders, durch die Reivindication auszuführen. Um dieſer Einrede auszuweichen, hat auch derjenige,

k) L. 8, pr. D. de doli mali et met. except.

nige, welcher eine Sache aus einem Contracte zurückverlangt, ganz und gar nicht nöthig, aus dem L. 25. C. de locato, wider ſeinen Gegner auf die Wiederabtretung poſſeſſoriſch zu klagen, weil bey dieſer Art Klagen exceptiones altioris indaginis unzuläßig ſind. Einige halten zwar dafür, daß dies geſchehen müſſe. Z. B. wenn der Pachter eines Hauſes, unter dem Vorwande, daß ſolches ihm zu eigen gehöre, nach geendigter Pachtzeit nicht ausziehen wolle, ſo müſſe der Verpachter aus dem angezogenen Geſetz wider ihn klagen und bitten: **zu erkennen, daß Beklagter den Beſitz des libellirten Hauſes, ſamt den von Zeit ſeines Verzugs eingehobenen Nutzungen, Klägern hinwiederum abzutreten, hingegen ſeine an beſagtes Haus vermeintlich habende An- und Zuſprüche, ordentlicherweiſe auszuführen ſchuldig.** Allein dieſes Rechtsmittel iſt keinesweges in gedachtem Geſetz gegründet, ſondern es enthält nur eine Replik. Es heißt nämlich darinne: *Si quis conductionis titulo agrum, vel aliam quamcunque rem accepit: poſſeſſionem prius reſtituere debet, et tunc de proprietate litigare.* Dies will ſoviel ſagen: wenn Jemand eine Sache pachtweiſe inne hätte, und auf die Wiederabtretung derſelben belangt würde, dagegen aber exceptionem dominii vorſchützte, ſo ſolle er deſſenungeachtet die Sache zu reſtituiren ſchuldig ſeyn, die vorgeſchützte Einrede des Eigenthums aber müſſe er wider den Verpachter beſonders auszuführen ſuchen. — Alſo dient dieſes Geſetz dem Kläger nur zur Replik, wenn ihm der Beklagte die exceptionem dominii, gegen die actionem locati, womit die verpachtete Sache zurückgefordert wird, entgegen ſetzen ſollte. Man hat irrigerweiſe das im angeführten Geſetz vorkommende Wort: *poſſeſſio* auf ein poſſeſſoriſches Rechtsmittel gedeutet; da doch

der Ausdruck: *poſſeſſionem reſtituere debet*, offenbar nichts anders ſagen will, als: *rem locatam reſtituere debet*, wie viele andere Geſetze beſtätigen 1).

2) Wenn der Eigenthümer die Sache **nicht** aus einem Contracte, mit welchem die Verbindlichkeit, ſolche wieder zu reſtituiren, verknüpft iſt, im Beſitze hat — z. B. ich habe vor einigen Jahren einen koſtbaren Ring verlohren, finde ihn jedoch von ungefähr auf einem Spatziergange im Felde wieder: es fügt ſich aber, daß Cajus von ungefähr dieſen Ring bey mir ſieht, und ſolchen als ſein Eigenthum zurückfordert; allein ich behaupte vielmehr, daß der Ring mein Eigenthum ſey, — ſo kömmt es darauf an, ob **petitoriſch**, oder **poſſeſſoriſch** geklagt worden. — Iſt das erſtere der Fall: — Cajus z. B. hat wider mich, weil ich ihm den Ring nicht herausgeben wollen, die **Reivindication** angeſtellt — ſo hat die exceptio dominii die Würkung, daß der Beklagte die Sache nicht eher herauszugeben braucht, als bis der Kläger, daß ſolche die ſeinige ſey, klärlich erweiſet. Vorſichtiger aber handelt ſolchenfalls der Beklagte, wenn er ſtatt der exceptionis *dominii*, vielmehr der exceptionis *non competentis dominii*, ſich bedient. Denn durch jene behauptet er, daß ihm, Beklagten, das Eigenthum zuſtehe, und da kan es geſchehen, daß der Kläger den Beweis dieſes Vorgebens von ihm fordert. Ob nun gleich der Beklagte dieſen zu übernehmen nicht ſchuldig iſt, weil einestheils von demjenigen, welcher beſitzet, daß er rechtmäßig beſitze, vermuthet wird, und anderntheils der, welcher excipirt, nicht geſteht; ſo bekömmt er doch darüber

1) L. 38. D. de minorib. L. 1. §. 17. D. Vt legat. ſ. fideicommiſſ. ſervand. cauſſa. L. 1. §. 15. D. Si quid in fraud. patroni, L. 78. D. de verbor. ſignific.

über mit dem Kläger einen vergeblichen Streit, deſſen er überhoben ſeyn kan. Wird hingegen die exceptio *non competentis dominii* vorgeſchützt, ſo muß der Kläger ſein Eigenthum beweiſen, und kan er dies nicht, wie es denn oft ſchwer hält, ſo wird der Beklagte von der Klage entbunden. — Wenn aber poſſeſſoriſch geklagt worden, ſo kan **entweder** die exceptio *dominii* ſogleich erwieſen **werden**; **oder** nicht. Nur in jenem, nicht aber in dieſem Fall iſt ſie von Würkung. Z. B. Cajus, mein Weinbergsnachbar, ſtellt wegen des Beſitzes eines Randes das poſſeſſorium ſummariiſſimum wider mich an, ich excipire aber dagegen, daß dieſer Rand mein offenbares Eigenthum ſey, und beweiſe dieſes mit dem Kaufbriefe über meinen Weinberg, worin ausdrücklich enthalten iſt, daß der Rand zu demſelben gehöre. Hier iſt die exceptio dominii von Würkung, und Cajus darf nicht im Beſitz des Randes geſchützt werden. Quando enim de petitorio conſtat, de poſſeſſorio fruſtra litigatur m).

§. 431.

Die einem **Eigenthümer** zu Statten kommenden **Klagen**, ſind theils **petitoriſche**, theils **poſſeſſoriſche**, wovon jene wieder theils **Real**- theils **perſönliche** Klagen ſind. — Zuerſt von den **Realklagen**. Aus dem Eigenthumsrecht entſpringt überhaupt eine Klage, die **Eigenthumsklage** (*rei vindicatio*), und dieſe

m) Siehe §. 146. ingleichen *Leyſer* Sp. 508. Med. 4. *Schaumburg* in princ, prax. jur. jud. Lib. II. Cap. 4. §. 3. Note **) und des **Verfaſſers Theorie der ſummariſchen Prozeſſe**, §. 79., Note t).

dieſe iſt von zweyerley Art. Entweder wird neben der Vindication zugleich ein gewiſſes Geſchäft **beſtritten**, oder nicht. Jene Art der Eigenthumsklage heißt: rei vindicatio *qualificata*; dieſe *ſimplex*. Was die **qualificirte** Eigenthumsklage anlangt, ſo kan eine gewiſſe Handlung auf doppelte Art **beſtritten** werden. Bittet man bey der Vindication, daß ein gewiſſes Geſchäft für **null und nichtig** erklärt werden ſoll; ſo heißt ſie *querela nullitatis*. Verlangt man aber, daß ein nach ſtrengem Recht **gültiges** Geſchäft, der Billigkeit wegen, **wiederaufgehoben** werden ſoll; ſo heißt die Klage actio *reſciſſoria*. Die rei vindicatio *ſimplex* entſpringt entweder aus einem **wahren** Eigenthumsrechte, oder aus einem **erdichteten** (dominium *fictum*, *putativum*, auch *quaſi-dominium*). Im **erſten** Fall heißt ſie rei vindicatio *civilis*, oder auch ſchlechthin die **Eigenthumsklage**, im **letzten** aber rei vindicatio *praetoria*, *ſeu actio Publiciana*.

Von der rei vindicatione civili, oder eigentlichen Eigenthumsklage.

§. 432.

Der **Grund** dieſer Klage iſt die Zuſtändigkeit des **wahren** n) Eigenthums auf eine **körperliche** o) be-

n) Im Gegenſatz des **erdichteten**, wovon in der Folge.

o) **Unkörperliche** Sachen, als: Gerechtigkeiten und Anſprüche, ſind kein Gegenſtand des Eigenthumsrechts. Man ſagt von ihnen: *ſunt in bonis*; *quaſi poſſidentur*. L. 49. D. de verb. ſignific. *Rebhan* in paralipom. *Meierianis*.

beſtimmte Sache, oder auf einen **unfreyen Menſchen**. Uebrigens aber iſt es gleichviel, die **körperliche** Sache mag seyn

1) **beweglich**, oder **unbeweglich** p);

2) **lebendig** oder **leblos**. Zu den leztern gehören unter andern auch Urkunden. So kan der Erbe nach angetretener Erbſchaft das in den Händen eines Dritten befindliche Teſtament, ingleichen eine Schuldverſchreibung vindiciren q).

Ferner kömmt nichts darauf an

3) ob von einer **einzigen** Sache, oder von einem Inbegriff **mehrerer**, welche eine *univerſitatem rerum* ausmachen, dergleichen z. B. eine Heerde Vieh, eine Bibliothek iſt, die Rede ſey r);

4) ob der Streit die **ganze** Sache, oder nur einen **Theil** derſelben betreffe. Z. B. man vindicirt einen Theil des Hauſes, woran man das Miteigenthum hat. Sogar ein **ungewiſſer** Theil kan vindicirt werden, wenn man ſich dabey in einer zu entſchuldigenden Ungewißheit befindet s). Z. B. es vindicirt ein mit zu vielen Vermächtniſſen beſchwerter Erbe, eine vermachte Sache nur in Anſehung des Falcidiſchen Viertheils.

 Je-

anis, dec. V. qu. 9. *Huber* in prael, ad I. Lib. II. Tit. 1. num. 12.

p) L. 1. pr. §. 1. D. de rei vindic.

q) L. 3. D. Teſtam. quemadmod. aper.

r) L. 1. §. fin. D. de rei vindic.

s) L. 76. §. 1. D. eod. L. 45. D. de acquir. vel amitt. poſſ.

Jedoch muß die Sache, ſowohl überhaupt, als beſonders in Anſehung des Klägers t), eine veräußerliche Sache (in commercio hominum) ſeyn. Ein freyer Menſch kan daher nicht vindicirt werden v).

Zum Grunde der Eigenthumsklage gehört ferner, daß die Sache, weßhalb geklagt wird, mit gehöriger Deutlichkeit und Beſtimmtheit beſchrieben werde, damit kein Zweifel, was der Kläger eigentlich vindicire, eintrete. Wird daher wegen einer **unbeweglichen** Sache geklagt, ſo muß ihre Lage und Nachbarn; bey einer **beweglichen** aber ihre Größe, Farbe und andere Beſchaffenheiten, die ſich im Allgemeinen nicht beſtimmen laſſen, angegeben werden x).

Auch **unfreye** Menſchen machen keinen Gegenſtand dieſer Klage aus, wenn ſich ein **Dritter** ſolche zueignen will. Denn, wenn ſelbſt der freye Menſch frey zu ſeyn vorgiebt, und ſich im Beſitze der Freyheit befindet; ſo muß die actio de liberali cauſa affirmativa wider ihn angeſtellt werden y).

Uebrigens iſt die **Reivindication**, je nachdem ſie aus dem dominio *directo*, oder *utili* entſpringt, *directa*, oder *utilis*. Letztere iſt z. B. zuſtändig dem ſuperficiario z), dem emphyteuticario a), dem Vaſallen b).

t) L. 23. §. 1. D. de rei vindic.

v) L. 1. §. 1. D. eod.

x) *Hellfeld* in juriſpr. for. §. 587.

y) Siehe oben §. 249. 250.

z) L. 73. §. 1. D. de rei vindic.

a) L. 1. §. fin. D. Si ager vectig.

b). Wegen der übrigen Arten des dominii, nämlich wegen des dominii pleni und directi, findet die rei vindicatio *directa* Statt c).

Sonſt iſt auch die rei vindicatio *utilis*, wiewohl in einer, von der vorigen verſchiedenen Bedeutung des Worts d), noch zuſtändig:

1) einem Ceſſionar, welchem die rei vindicatio cedirt worden e); welcher alsdenn den Cedenten davon ausſchließt f);

2) der Ehefrau, in Anſehung derjenigen Sache, welche ihr Mann mit ihrem Gelde erkauft hat g), wenn gleich das Geld von ihrem Brautſchatze genommen worden ſeyn ſollte h);

3) dem donatori mortis cauſſa, wenn ihn die Schenkung bey ſeinem Leben gereuet i);

4)

b) II Feud. 8. *Stryck* in V. M. Lib. VI. Tit. 1. §. 10.

c) L. 33. D. de rei vindic.

d) Man begreift unter der utili ſo vielerley Klagen, daß ſich nicht wohl eine allgemeine Definition geben läßt. Topp, in der im Lehrbuch angeführten Diſſertation, hat deren vierzehn angeführt.

e) L. fin. C. de heredit. vel act. vend.

f) L. 55. D. de procurator.

g) L. 55. D. de donat. inter vir. et uxor.

h) L. 54. D. de jure dot. L. 26. D. eod. Der L. 12. C. de jure dot. ſteht nicht entgegen. *Leyſer* Sp. 304. Med. 4 ſp. *Topp* in der angef. Diſſ. §. 25.

i) L. 30. D. de mort. cauſſa donat.

4) dem donatori inter vivos, wenn er zu einem gewiſſen Endzweck etwas geſchenkt hat, und der Beſchenkte ſolchen nicht erfüllen will k).

Da alſo das Eigenthum der Grund der Reivindication iſt; ſo folgt, daß derjenige, welcher kein Eigenthum hat, ſolche nicht anſtellen könne.

Hier bemerken wir nur noch, daß das Eigenthum auf Einen übergeht, ob er gleich die Sache mit fremdem Gelde an ſich gebracht haben ſollte l). Denn bey einzelnen Sachen, welche keine vniverſitatem juris ausmachen, gilt die Regel nicht: *res ſuccedit in locum pretii, et pretium in locum rei.* — Z. B. Cajus verreißt, und legt bey mir eine Summe Geldes nieder. Ich greife indeß in dieſes Geld, und kaufe mir davon einen Garten. Cajus kömmt zurück, und fordert die deponirte Summe wieder. Da ich ſie ihm aber nicht ganz reſtituiren kan, ſo ſtellt er rei vindicationem wegen des Gartens gegen mich an. Dieſe findet nicht Statt. — Indeſſen giebt es doch gewiſſe Perſonen, welche das beſondere Recht genießen, daß eine mit ihrem Gelde erkaufte Sache nicht das Eigenthum des Käufers, ſondern zur Hülfe, wenn ſelbige auf keine andere Weiſe zur Reſtitution ihres Geldes gelangen können, ihr Eigenthum wird. Als:

1)

k) L. 1. C. de donat. quae ſub modo etc.

l) L, 3. C. de rei vindic. L. 21. C. de probationib. L. 4. C. Communia vtriusque judicii. L. 8. C. eod. in welchem letztern Geſetz es heißt; *qui aliena pecunia comparat, non ei, cujus nummi fuerunt, ſed ſibi tam actionem emti, quam dominium, ſi ei fuerit tradita poſſeſſio, quaerit.*

1) **Pupillen und Minderjährige.** Dieſe können diejenigen Sachen, welche ihr Vormund mit ihrem Gelde, oder andern Sachen erworben hat, als ihr Eigenthum vindiciren m).

2) **Kirchen und fromme Stiftungen** können ein gleiches, wenn deren Vorſteher mit ihrem Gelde, oder mit ihren Sachen, etwas für ſich erworben hat n).

3) **Soldaten**, wenn deren negotiorum geſtor, auf ſeinen Nahmen mit ihrem Gelde etwas gekauft hat, können ein Gleiches o); und ſo auch

4) **Eheweiber** p).

Hiervon iſt bereits im Vorhergehenden gehandelt worden (§. 34). Doch muß in allen dieſen Fällen der Vormund, Kirchenvorſteher, Geſchäftsführer, die Sache noch beſitzen. Wider einen Dritten, an welchen ſolche wieder veräußert worden, findet die Reivindication nicht Statt q), weil alle Privilegien in Anſehung eines Dritten, eingeſchränkter Auslegung unterworfen ſind r).

§. 433.

Der **Kläger** iſt der Eigenthümer der Sache. Nur muß er auch **zur Zeit der angeſtellten Klage**, ſein Ei-

m) L. 2. D. quando ex facto tutoris etc.

n) L. 23. C. de SS. eccleſ. c. 4. Cauſ. 12. qu. 5. c. 1. X. de in integr. reſtitut.

o) L. 8. C. de rei vindic.

p) *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 585.

q) L. 7. C. de reſcind. emt. vendit.

r) *Topp* in der angeführten Diſſertation, §. 27.

Eigenthumsrecht ausüben können. Daher kan in der Regel eine Ehefrau, während der Ehe, die von dem Manne veräußerten Dotalſachen nicht vindiciren s). Eine Ausnahme iſt, wenn der Mann zu verarmen anfangen ſollte t) (§. 357). Ferner können Kinder, ſolange ſie noch unter väterlicher Gewalt ſtehen, die von ihrem peculio adventitio veräußerten Sachen nicht vindiciren v). Wenn indeſſen der Kläger während des Proceſſes, zum Eigenthum, oder wenigſtens zu deſſen Ausübung gelangen ſollte, ſo muß dennoch der Beklagte den Proceß mit ihm fortſetzen x).

Uebrigens verſchlägt es nichts, des Klägers Eigenthum mag ein **Alleineigenthum** (dominium ſolitarium), oder ein **Miteigenthum** (codominium) y); ein **widerrufliches**, oder ein **unwiderrufliches** ſeyn z). So iſt z. B. das Eigenthum des Ehemannes in Anſehung des Brautſchatzes, widerruflich. Von der nämlichen Beſchaffenheit iſt das Eigenthum an einer Sache, die man widerkäuflich an ſich gebracht hat, u. ſ. w.

Auch dem **Erben** iſt dieſe Klage zuſtändig, wenn er ſich das Erbſchaftsrecht und alſo auch das Eigenthum der Erbſchaftsſachen bereits erworben hat. Z. B. es hat der Herr eines Pferdes deſſen Beſitz verlohren; ehe er aber noch wider dazu gelangt, ſtirbt er. Sein Erbe tritt

s) L. 42. D. de uſurpat.

t) L. 29. C. de jure dot.

v) L. 1. §. 2. C. de annal. except.

x) Arg. L. 27. §. 1. D. de rei vindicat. c. 3. de ſentent. et re judic. in 6to. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. VI. Tit. 1. §. 8.

y) L. 66. D. L. 9. C. de rei vindic.

z) §. 40. I. de rer. diviſ. L. 30. C. de jure dot.

tritt die Erbſchaft an und bringt in Erfahrung, daß Cajus das Pferd beſitze. Hier kan er wider dieſen die rei vindicationem anſtellen q). Denn durch die Erbſchaftsantretung gehen alle Rechte, ſowohl dingliche als perſönliche, auf den Erben über.

§. 434.

Der **Beklagte** iſt der Beſitzer der Sache, welcher dem Kläger das Eigenthum leugnet. Sein Beſitz kan ſeyn

1) ein **würklicher** (vera poſſeſſio), und dieſer wieder ſowohl ein **natürlicher**, als ein **Civilbeſitz**. Ja wenn es auch eine **bloße Inhabung** (nuda detentio) ſeyn ſollte r). Doch kan derjenige, welcher nur Nahmens eines Andern die Sache inne hat, durch die Nomination ſeines Autors, ſich von der Klage frey machen s). (S. oben §. 123. Num. VI).

2) Ein **erdichteter** (ficta poſſeſſio). Ein ſolcher wird nicht nur dann angenommen, wenn der Beklagte freywillig zum Streite ſich aufgeworfen hat, ſondern auch, wenn er die Sache gefährlicherweiſe hat abhanden kommen laſſen (§. 42;). Ja, es wird auch ein bloßer Inhaber der Sache für einen erdichteten Beſitzer gehalten, wenn er ſeinen Autor nicht anzeigt.

Wird Jemand aus dem Grunde noch für den Beſitzer der Sache gehalten, weil er ſolche **betrüglicherweiſe**

q) L. 37. D. de acquir. vel amitt. hered.

r) L. 3 §. fin. D. ad exhib.

s) L. 2. C. Vbi in rem act.

t) L. 27. §. 3. D. de rei vindic.

weiſe zu beſitzen **aufgehört hat** (quia dolo deſiit poſſidere), ſo haftet er blos vtili rei vindicatione und bezahlt nur den Werth der Sache, wenn er des Beſitzes **vor** der Litis Conteſtation ſich begeben hat t). Iſt dieſes aber **nach** der Litis Conteſtation geſchehen, ſo haftet er zwar auch vtili rei vindicatione, jedoch findet wider ihn das juramentum in litem Statt, und zwar, wie die Geſetze reden, ſine vlla taxatione in infinitum v).

Endlich kan auch des Beklagten Beſitz

3) ein **redlicher Beſitz** (poſſeſſio *bonae fidei*), oder ein **unredlicher** (poſſeſſio *malae fidei*) ſeyn. Die Geſetze machen keinen Unterſchied x). Andere Folgen hat jedoch ein redlicher, andere ein unredlicher Beſitz, wovon im gleich folgenden Paragraphen.

Es muß aber, wie gedacht, der Beſitzer der Sache dem Kläger das Eigenthum **leugnen**. Geſteht er ihm daher ſolches zu, er macht ihm aber die Sache aus einem andern Grunde ſtreitig, ſo muß eine andere Klage, nach Beſchaffenheit des von dem Beſitzer geäuſſerten Widerſpruchs, angeſtellt werden. Z. B. ich habe Jemanden eine Sache geliehen, und dieſer weigert ſich, mir ſolche herauszugeben, weil ich ihm ein Anlehn ſchuldig wäre, er leugnet aber dabey nicht, daß mir die Sache zugehöre. Hier kan ich nicht die Reivindication wider ihn anſtellen, ſondern ich muß mich vielmehr der Klage

v) L. 68. D. eod.

x) L. 36. pr. D. de rei vindic. *Ioh. Bapt. Aloyſ. Samhaber* diſſ. Ima de eo quod circa rei vindicationem tam adverſus bonae, quam malae fidei poſſeſſorem inſtituendam juris naturalis eſt. Wirceburgi 1788.

Klage aus dem Leihcontracte, bedienen y); denn wenn der Beſitzer dem Eigenthümer ſchon auf irgend eine Art perſönlich zur Abtretung der Sache verbunden iſt; ſo bedarf es dieſer Klage nicht z).

Die Erben haften anderergeſtalt nicht, als wenn ſie die Sache beſitzen, und dem Kläger das Eigenthum leugnen.

Hat der Verſtorbene bereits bey ſeinem Leben die Sache zu beſitzen aufgehört, daß ſie alſo nicht auf die Erben gekommen iſt, ſo hat man folgende zwey Fälle von einander zu unterſcheiden: 1) wenn der Erblaſſer **vor** erhobener Klage zu beſitzen aufgehört hat, und 2) wenn ſolches **nach** erhobener Klage geſchehen iſt.

Im **erſten** Fall kan ihm **entweder** Gefährde beygemeſſen werden, **oder** nicht. Iſt das **Letztere**, ſo haftet der Erbe ſowenig, als der Verſtorbene haften würde, wenn er noch lebte; indem ein redlicher Beſitzer ſeine Sache nach Gefallen veräußern kan a). Im Fall aber der Erblaſſer ſollte haben Gefährde zu Schulden kommen laſſen, ſo haftet nach römiſchem Recht der Erbe actione in factum, nur inſoweit als er durch des Erblaſſers Betrug eine reichere Erbſchaft bekommen hat b). Wenn er daher nicht reicher worden iſt, haftet er nicht. Ein Anders iſt es nach dem canoniſchen Rechte (§. 56).

Hat

y) *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. VI. Tit. 1. §. 8.

z) §. 1. I. de actionibus.

a) L. 36. pr. D. de rei vindic.

b) L. 12. D. eod.

Hat hingegen des Erblaſſers Beſitz, nach bereits erhobener Klage aufgehört, ſo kömmt es darauf an, ob dies vor oder nach der Einlaſſung ſich zugetragen hat. Wenn jenes iſt, treten dieſelben Grundſätze ein, welche in dem erſten Falle gelten. Iſt aber dieſes, ſo muß der Erbe wegen desjenigen haften, worein der Verſtorbene noch condemnirt wird; denn durch die Litis-Conteſtation iſt ein Quaſicontract hervorgebracht worden, aus welchem auch der Erbe verbindlich iſt c).

Da alſo die Reivindication vorausſetzt, daß der Beklagte dem Kläger das Eigenthum leugnet, ſo folgt, daß dieſer ſolches beweiſen müſſe d). Ein Beweis, der oft ſehr ſchwer zu führen, indeß aber nicht unmöglich iſt, und in deſſen Rückſicht der, welcher rei vindicatione klagen will, bey Anſtellung dieſer Klage die größte Vorſicht anzuwenden hat. Indeſſen giebt es Fälle, da dem klagen wollenden die Beweißführung ſehr erleichtert wird. Nämlich:

1) wenn er die Sache vom landesherrlichen Fiscus gekauft hat. Denn, wer eine Sache von dieſem gekauft und tradirt erhalten hat, wird ſogleich Eigenthümer, wenn es auch der Fiscus nicht geweſen ſeyn ſollte e).

2)

c) L. 42. D. eod.

d) *Georg Aug. Dathe* diſſ. de probatione dominii, praeſertim in Saxonia Electorali haud difficili. Erf. 1726. *Mich. Henr. Gribner* diſſ. de probatione dominii per juramenti delationem. Lipſ. 1733. *Io. Car. Gottfr. Hille* diſſ. de probatione dominii auxilio ex animalis bruti conſuetudine. Marb. 1767.

e) §. vlt. I. de uſucap.

2) Wenn er die Sache ſolange beſeſſen hat, daß ſie durch die Verjährung die ſeinige geworden iſt.

3) Wenn er eine ſolche Perſon iſt, welche das beſondere Privilegium haben, daß Sachen, die mit ihrem Geld angeſchafft werden, ihre gehören (§. 432).

4) Wenn in dem Lande zum Erwerb des Eigenthums die **gerichtliche Auflaſſung, Verzicht** deſſelben (reſignatio judicialis), nach den Geſetzen erforderlich iſt f).

Auſſer dieſen Fällen iſt der Beweiß des Eigenthums ſehr ſchwer g), indem der Kläger zeigen muß, **entweder** daß er die Sache von einem wahren Eigenthümer, juſto titulo überlaſſen und tradirt bekommen habe; **oder** daß ſie eine res nullius geweſen, und von ihm occupirt worden; **oder** daß er ſie jure acceſſionis, **oder** jure fructuum perceptionis beſeſſen.

§. 435.

Das **Geſuch** bey dieſer Klage iſt, wie bey allen Realklagen (§. 424.), von doppelter Art; ein **Haupt-** und ein **Nebengeſuch.** Jenes wird auf die **Zuerkennung** des **Eigenthums** gerichtet. Z. B. **bitte zu erkennen: daß mir das quäſtionirte Haus eigenthümlich zuſtehe.** Sollte der Beklagte die Sache aus Gefährde zu beſitzen aufgehört haben, ſo haftet er als ein erdichteter Beſitzer, und dann wird hinzugefügt:

f) Wie z. B. in Sachſen. Da dienen die ſogenannten Handelsbücher zum Beweis des Eigenthums.

g) Die Gloſſatoren nennen ihn daher *probationem diabolicam.*

fügt: und weil Beklagter die Sache betrüglicherweiſe veräußert, er mir den Werth derſelben zu erſtatten ſchuldig.

Geſetzt nun, der Kläger erlangt vom Beklagten den Werth der Sache; kan er ſolche alsdenn noch von dem dritten Beſitzer, bey dem ſie ſich würklich befindet, vindiciren? — Es iſt ſtrittig. Indeſſen ſcheinen einige Geſetze und zwar die L. 7. L. 36. §. 1. L. 69. und 70. D. de rei vindicat., beſonders aber die L. 13. §. 14. D. de hered. petit., als in welchem letztern es heißt: *Sed ſi is, qui dolo deſiit, ante conveniatur, eum qui poſſidet, non liberabit* — dieſe Frage zu bejahen. Die bejahende Meinung wird daher auch von den meiſten Rechtslehrern angenommen h). Es fehlt aber auch nicht an andern, welche das Gegentheil behaupten i).

Beyde Meinungen laſſen ſich jedoch füglich vereinigen. Die erſte Meinung geht dahin, daß wenn gegen den erdichteten Beſitzer nur die Leiſtung des bloßen Intereſſe, daß er die Sache betrüglich veräußert, und Klä-

h) *Cujacius* in obſervat. Lib. 22. obſ. 29. *Nood* ad D. Lib. VI. Tit. 1. *Huber* in prael. ad D. Lib. V. Tit. 3. §. 7. *Struve* in exercit. ad D. Lib. VI. Tit. 1. exerc. 10. §. 48. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. V. Tit. 3. §. 7. *Berger* in oecon. jur. Lib. II. Tit. 4. §. 54. Not. 5. *Gundling* diſſ. de rei vindicat. Cap. II. §. 22. *Hombergk zu Vach* diſſ. de oblatione ad litem, §. 27. und noch andere mehr.

i) Dahin gehört *I. H. Boehmer* in introd. ad jus Dig. Lib. V. Tit. 3. §. 4. und *Erxleben* in der im Lehrbuche angeführten Diſſertation, Cap. III. Membr. 2. §. 1. und ff. welcher letztere die verſchiedenen Gründe, für die bejahende Meinung, weitläuftig prüft und widerlegt.

Klägern alſo einen andern Gegner verſchaft habe, klagend verfolgt worden, alsdenn noch von dem dritten würklichen Beſitzer die Sache ſelbſt vindicirt werden könne. Dies iſt auch ganz den Geſetzen gemäß; beydes ſind aber verſchiedene Klagen. Ferner kan nach vorhergegangener Ausklagung des erdichteten Beſitzers der dritte wahre Beſitzer ebenfalls noch belangt werden, wenn jene vergeblich geſchehen ſeyn ſollte. — Die andere Meinung hingegen geht von dem Grundſatze aus: wenn der Kläger von dem erdichteten Beſitzer bereits den würklichen Werth der Sache ſelbſt, erhalten habe, ſo gehe es nicht an, vielmehr würde es höchſt ungerecht ſeyn, noch von dem dritten Beſitzer die Sache in Natur zu verlangen. Und dieſes iſt ebenfalls richtig, und weder den geſetzlichen Worten, noch deren Auslegung entgegen.

Das Nebengeſuch der Eigenthumsklage wird dahin gerichtet: **daß Beklagter die Sache** *cum omni cauſa*, das heißt, **mit allem demjenigen, wozu ihn die Geſetze verbinden, reſtituiren** ſolle k). Der Ausdruck: *omnis cauſa* begreift dreyerley:

1) die **Acceſſionen**. Z. B. die Kuh, die ich vindicire, hat während der Zeit, daß ſie der Beklagte beſeſſen, ein Kalb geworfen. Auch dies muß der Beklagte herausgeben. Oder: ich vindicire eine Wieſe, welche durch Alluvion einen Zuwachs erhalten hat. Dieſen Zuwachs muß mir der Beklagte gleichfalls abtreten.

2) Die **Früchte**. In Anſehung dieſer kömmt es darauf an, ob man mit einem **redlichen** Beſitzer zu thun hat, oder mit einem **unredlichen**. Ein **redlicher**

k) L. 20. D. de R. V. L. 31. D. de reb. credit.

cher Beſitzer giebt nur diejenigen Früchte heraus, welche mit der Sache, auf der ſie wachſen, noch verbunden ſind (fructus *pendentes*), z. B. das Getraide, wenn es noch nicht geſchnitten iſt; das Obſt, welches noch an den Bäumen hängt u. ſ. w. Sind aber die Früchte von der Sache, woran, oder auf welcher ſie wachſen, abgeſondert (fructus *percepti*), ſo reſtituirt er nur die noch in Natur vorhandenen, welche noch nicht verjährt, d. h. noch nicht über drey Jahr alt ſind (fructus *extantes nondum vſucaptos*). Den Werth der conſumirten Früchte erſetzt er dem Kläger nicht l).

Anders verhält es ſich mit einem unredlichen Beſitzer. Dieſer muß nicht nur diejenigen Früchte, welche er würklich genoſſen hat, oder deren Werth erſtatten, ſondern ſogar auch diejenigen, die er hätte erzielen können, wenn er gewollt, und die gehörigen Mittel angewendet hätte (fructos *perceptos ac percipiendos*).

3) Gehört auch zur cauſſa die Erſetzung alles der Sache etwa zugefügten Schadens. Hier kömmt es ebenfalls darauf an, ob der Beklagte ein redlicher oder ein unredlicher Beſitzer iſt. Jener iſt zur Schadenserſetzung nicht verbunden, wohl aber dieſer m).

Die Reſtitution der Sache muß übrigens in Natur erfolgen, wenn dem Kläger daran ſchlechterdings gelegen iſt, und der Beklagte wird, wenn er ſich deſſen weigert, durch Zwangsmittel dazu angehalten. Iſt aber dem Kläger an der Reſtitution der Sache ſo gar viel nicht

l) *Wernher* P. I. obſ. 318. *Cocceji* in jure controv. Lib. VI. Tit. 1. qu. 9. *Leyſer* Sp. 99. Med. 4. *Walch* in introd. in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. 2. §. 14.

m) L. 25. §. 11. D. de heredit. petit.

nicht gelegen, der Beklagte weigert ſich aber gleichwohl, die rechtskräftige Sentenz zu befolgen, ſo muß der Kläger zum juramento in litem gelaſſen werden n). Dies findet auch in dem Fall Statt, wenn ſolche durch des Beklagten Betrug oder Schuld nicht mehr vorhanden seyn ſollte (§. 434).

§. 436.

Die Einreden, womit ſich der Beklagte ſchützen kan, ſind folgende:

1) **Es ſtehe Klägern kein Eigenthum an der in Klage befangenen Sache zu.**

Dieſe Einrede wälzt die Laſt des Beweiſes auf den Gegner. Da nun, wie gedacht, dieſer Beweis sehr ſchwer iſt, ſo hat der Eigenthümer, ehe er ſich zur Anſtellung der Reivindication entſchließt, zu unterſuchen, ob er ſolcher nicht überhoben seyn, und ſich ſtatt ihrer eines Interdicts, z. B. des interdicti recuperandae poſſeſſionis, oder der Spolienklage, bedienen könne o). Oft kan er auch ſeinen Endzweck mittelſt einer **perſönlichen** Klage erlangen. So findet z. B. wegen einer geſtohlnen Sache, außer der Eigenthumsklage, auch die condictio furtiva Statt. — Iſt dies nun aber der Fall nicht, und kan er auf keinem andern Wege, als durch die Eigenthumsklage, ſeine Abſicht erreichen, ſo cumulire er wenigſtens mit ſolcher die Publicianiſche Klage. Von welcher gleich in dem nächſten Paragraphen.

2)

n) L. 46. D. de rei vindic. L. 5. pr. D. de in lit. jur.

o) L. 24. D. de rei vindic.

2) **Beklagter beſitze die Sache nicht.** Hier iſt vorauszuſetzen, daß der Beklagte bona fide die Sache beſeſſen und veräußert habe. — Kan aber der Eigenthümer, der gegenwärtige Kläger, nicht das Kaufgeld von ihm fordern? — Wenn er durch die Veräußerung reicher geworden iſt, das heißt, für die Sache mehr erhalten hat, als ſie ihm koſtete, ſo haftet er actione in factum in ſoweit, als er dadurch reicher geworden iſt p). — Man nehme an: es wird mir ein Pferd geſtohlen. Cajus kauft es von dem Diebe, unwiſſend, daß es geſtohlen iſt, für 90 Thaler; nachher aber verkauft er ſolches an den Titius für 100 Thaler. Hier muß er mir die 10 Thaler, welche er mehr erhalten hat, als ſein Kaufgeld, herausgeben. — Iſt der Beklagte aber nicht reicher geworden, ſo kan keine Klage, weder eine dingliche noch eine perſönliche, wider ihn angeſtellt werden q). Der Beklagte hat ſich jedoch vor dem **muthwilligen Leugnen** zu hüten. Wird er, daß er die Sache dennoch beſitze, überführt, ſo muß er deren Beſitz dem Kläger überlaſſen, wenn dieſer auch kein Recht darzu dargethan hat r). Dieſe Strafe iſt in verſchiedenen Proceßordnungen ausdrücklich beſtätiget worden.

3)

q) L. ſin. D. de rei vindic.

r) Z. B. in der erläuterten Churſächſiſchen, Tit. 16. §. 2. in der Sachſen-Weimariſchen Conſtitution zur Abkürzung und Verbeſſerung des Proceſſes, §. 8.

p) L. 23. §. 5. D. eod. *Boehmer* de action. Sect. II. Cap. 2. §. 14. *Struve* in jurisprud. for. Lib. II. Tit. 13. §. 5.

s) In rebus ſingularibus pretium non ſuccedit in locum rei L. 6. C. de rei vindic.

3) Die Einrede der **Verjährung** von 3, oder 10 bis 20, oder 30—40 Jahren. Erſtere findet Statt, wenn von einer beweglichen Sache die Rede iſt; — die von 10 bis 20 Jahren, wenn von einer unbeweglichen die Rede iſt, und zwar jene unter Gegenwärtigen, dieſe unter Abweſenden. Es muß aber hier der Beklagte beweiſen, daß er die Sache aus einem rechtmäßigen Titel erworben habe. Bona fides iſt zwar auch erforderlich; dieſer wird aber ſchon aus dem rechtmäßigen Titel vermuthet t). — Die 30 bis 40jährige Verjährung tritt gegen alle Klagen ein, und giebt den Vortheil, daß man bey ſelbiger weder den rechtmäßigen Titel, noch bonam fidem zu beweiſen hat, ſondern beyde werden ſo lange vermuthet, bis der Andere das Gegentheil darthut v). — Es iſt jedoch in Anſehung der Verjährung auf den oben (§. 427. Nr. 7.) berührten Unterſchied Rückſicht zu nehmen.

4) Die **Laudation** oder **Nomination des Autors**. Von dieſer Einrede iſt bereits oben (§. 123. VI.) das Nöthige beygebracht worden. Wir bemerken hier nur, daß Kläger zuweilen ſolche mit der **Replik**: Beklagtem könne dieſe Einrede, weil er die Sache nicht für ſich beſitze, nicht zu ſtatten kommen; aus dem Wege räumen könne x). Z. E. es wird der Käufer wegen der ihm verkauften und übergebenen Sachen rei vindicatione in Anſpruch genommen, und er ſchützt vor, Kläger möge den Verkäufer verklagen, weil er von dieſem die Sache erhalten habe. Das iſt ver-

 geb-

t) L. 24. C. de rei vindic. *Stryck* V. M. Lib. 41. Tit. 3. §. 20.

v) L. 11. C. vnde vi. *Stryck* l. c.

x) L. 1. C. vbi in rem actio.

geblich, zumal da auch der Verkäufer die Sache nicht mehr beſitzet.

5) **Die bereits geleiſtete Litisäſtimation;** das heißt: Kläger habe von Beklagtem den Werth der Sache bereits bezahlt bekommen. Wenn der Beklagte dem Kläger ſchon den Werth der Sache bezahlt hat, ſo hoch deſſen Beſtimmung vom letztern mittelſt Eydes geſchehen iſt, ſo kan er nicht auch noch die Sache ſelbſt von ihm fordern, ſondern der Beklagte hat dadurch die Sache zu eigen erhalten. Ein dritter Beſitzer der Sache hingegen, kan ſich dieſer Einrede nicht bedienen, wenn der Kläger ſchon ehedem von einem Andern den Werth der Sache bekommen hat (§. 435).

Eine ähnliche Einrede iſt: **daß Kläger die Sache ſchon wiederbekommen habe;** wenn er nämlich nachher noch wider denjenigen klagen ſollte, welcher die Sache vorher beſeſſen, und ſelbige böslicherweiſe zu beſitzen aufgehört hat y). Denn die Reivindication ſteht nur demjenigen zu, welcher die Sache nicht beſitzet. Kläger hat ſie aber ſchon im Beſitz. Und da er die Sache hat, ſo hat er ja auch in der That, was ſie werth iſt.

6) **Die Sache ſey nach erhobener Klage, durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen.** Kläger kan aber darauf repliciren: **Beklagter ſey dabey in Schuld** — er, Kläger, würde den Schaden nicht gehabt haben, wenn Beklagter ſie gleich reſtituirt hätte; er würde ſie z. B. verkauft, und das Geld dafür gewonnen haben z).

7)

y) L. 13. §. 14. D. de heredit. petit. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. VI. Tit. 1. §. 12.

z) L. 15. §. 3. D. de rei vindic.

7) **Kläger oder deſſen Erblaſſer habe ja Beklagtem die Sache verkauft und übergeben** (*exceptio rei venditae et traditae*). Z. B. Jemand verkauft mir des Cajus Sache, mithin eine fremde, ohne deſſen Wiſſen. Cajus ſtirbt. Nun wird derjenige, welcher mir die Sache verkauft hat, deſſen Erbe, und will dieſe Sache von mir vindiciren. — Dies geht nicht an, denn Niemand darf ſeine eignen Handlungen anfechten. Cajus würde mir, wenn Cajus mich noch ſelbſt bey ſeinem Leben verklagt hätte, deshalb haben Eviction leiſten müſſen. Quem de evictione tenet actio, eum defentem repellit exceptio a).

8) **Die Einrede des ſelbſteigenen Eigenthums an der in Klage befindlichen Sache.** Die Sache ſey nämlich Beklagtens Eigenthum. Dieſes iſt eine *contra-vindicatio* (§. 430). Sollte er hierbey den Beweiß ſeines Eigenthums übernehmen, ſolches aber nicht dargethan, und gleichwohl doch auch dem Kläger ſelbiges geleugnet, dieſer jedoch ſein Eigenthum ebenfalls nicht erwieſen haben, ſo muß doch der Beklagte von der Klage entbunden werden b).

9) **Kläger müße ſeinen Glauben da wiederſuchen, wo er ſolchen gelaſſen,** das heißt: er müſſe ſich an denjenigen halten, mit welchem er über die Sache contrahirt habe. Nach verſchiedenen deutſchen Provincialgeſetzen gilt die Regel: **Hand muß Hand wahren**; ingleichen: **wo du deinen Glauben gelaſſen, da mußt du ihn auch wieder ſuchen.** Das heißt: man

a) L. 3. D. de except. rei vend. et trad.

b) §. 4. I. de interd. L. 4. C. de edendo. *Schwendendoerfer* de actionib pag. 149.

man muß ſich lediglich an den halten, mit welchem man contrahirt hat, und kan alſo wegen der Sache, worüber man mit Jemanden contrahirt hat, nicht wider einen Dritten klagen. — Geſetzt alſo, man hat einem eine Sache geliehen, oder in Verwahrung gegeben, oder vermiethet, und dieſer verkauft ſie an einen Dritten, ſo kan man ſolche, nach jener Regel, von dieſem nicht vindiciren, ſondern man muß ſich lediglich an ſeinen Commodatar, Depoſitar, oder Miethsmann halten.

Dieſe Regel iſt im **Lübiſchen** Recht c), im **Schwäbiſchen** d); in den **Hamburgiſchen Statuten** e); im **Niederländiſchen** Recht f); im **Sachſenſpiegel** g); im **Bremiſchen** Rechte h); ingleichen im **Kulmiſchen** Recht i) gegründet. Wo ſie aber weder durch ausdrückliche Geſetze, noch durch Gewohnheit eingeführt iſt, da geht man dem Römiſchen Rechte nach, welches obige Einrede nicht zuläßt k).

10)

c) *Mevius* ad I. Lubec. Lib. III. Tit. 2. art. 1.

d) *Loccenius* in ſynopſ. jur. Suevici, diſſ. 12. qu. 5.

e) 2. Th. 2. Tit. 4. Art.

f) *Groenewegen* ad §. 16. I. de obligat. quae ex delicto naſc. num. 3.

g) Lib. II art. 60.

h) 2. Th. 7. Tit. §. 2.

i) 3. Buch 5. Kap.

k) L. 8. D. Commodati. L. 20. D. de acquir. vel amitt. poſſ. L. 23. pr. D. und L. 23. C. de rei vindicat. Man ſehe jedoch **E. Ch. Weſtphal's** rechtliche Abhandlung der Fälle in welchen der Eigenthümer ſeine in die dritte Hand geliehene Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeldlich abfordern kan. Halle 1787.

10) **Beklagter ſey nicht ſchuldig, die Sache eher herauszugeben, bis ihm ſein auf ſolche gemachter Aufwand vergütet worden ſey.** Hier kömmt es abermals auf den Unterſchied zwiſchen einem **redlichen** und einem **unredlichen** Beſitzer an. Jener hat ein jus *deducendi* impenſas *neceſſarias*, obgleich die Sache durch einen Zufall zu Grunde gegangen l); und dieſen impenſis neceſſariis werden auch die Koſten gleich geſchätzet, welche man der Früchte wegen, zum beſtändigen Nutzen der Sache aufgewendet hat m). Ferner hat er ein jus *deducendi* impenſas *utiles*, wenn ſich die Sache noch im verbeſſerten Zuſtande befindet n). Ingleichen hat er ein jus *tollendi* impenſas *voluptuarias* o).

11) **Die Einrede des Betrugs** (exc. doli generalis). Z. B. ich kaufe von Jemanden etwas, und dieſer ſtellt mir einen Bürgen, daß mich Niemand dieſer Sache wegen in Anſpruch nehmen ſolle. Nachher aber will der Bürge die Sache von mir vindiciren, indem er vorgiebt: er habe ſolche bereits vorher, ehe ich noch ſie gekauft hätte, durch ſeine Frau erworben gehabt. Hier kan ich ihm dieſe Einrede entgegenſetzen p).

12) **Kläger habe ſich einer Selbſthülfe ſchuldig gemacht.** Hier treten die Grundſätze ein, welche bereits oben (§. 212) vorgekommen.

13)

l) L. 38. D. de hered. petit. L. 10. §. 1. D. de negot. geſt.

m) L. 3. §. 1. D. de impenſ. in res dot. fact.

n) L. 27. §. 5. L. 30. L. 38. D. de rei vindicat.

o) L. 9. D. de impenſ. in res dot. fact.

p) L. 11. C. de evictionibus.

13) **Beklagter ſey zur Zeit noch außer Stande, die Sache abzutreten.** Z. E. wenn ihm ſelbige als ein Sequeſtrum gegeben worden, und einer von den ſtreitenden Theilen, ehe noch der Streit geendigt, und ihm ſelbige zugeſprochen worden, ſie von ihm vindiciren will q). Ein anderes wäre es, wenn ein Fremder die Sache von dem Sequeſter vindicirte r) (§. 434).

Unſtatthaft iſt aber die Einrede: **daß Kläger dem Beklagten das Kaufgeld wieder zu bezahlen, ſich nicht erboten habe.** Dies zeigt ſchon der Ausdruck: **vindiciren**, an, welches eben ſoviel heißt, als: eine Sache als die ſeinige, ohne Entgeld zurückfordern. Nicht einmal dann iſt ſie zuläßig, wenn der Beklagte bey einer öffentlichen Feilbietung die Sache gekauft, und dabey ausdrücklich proteſtirt haben ſollte, daß er doch dereinſt, wenn ſich der wahre Eigenthümer melden würde, die Sache andrergeſtalt nicht, als gegen Wiederempfang ſeines Kaufgeldes, demſelben einhändigen würde. Denn durch dieſe Proteſtation hat er dem Eigenthümer ſein Recht nicht entziehen mögen s).

Ausnahmen ſind jedoch

1) wenn das Kaufgeld zu des Klägers Beſten verwendet worden. Z. B. ein Minderjähriger vindicirt nach erlangter Majorennität das Haus, welches ſein Vor-

q) L. 17. §. 1. D. depoſiti.

r) *Bachov* ad *Treutl.* Vol. 1. diſſ. 15. Tit. 4. lit. C.

s) *Richter* P. II. deciſ. 96. num. 56. ſq. *Struve* exerc. XI. th. 37.

Vormund, ohne Beobachtung der geſetzlichen Solennitäten verkauft hat, das Kaufgeld aber iſt zu des Minderjährigen Beſten angewendet worden t);

2) wenn die Sache, falls ſie der Beklagte nicht an ſich gebracht hätte, verlohren gegangen ſeyn würde v).

3) Wenn der Beklagte die Sache vom Feinde eingelößt hat x).

Uebrigens kan die Eigenthumsklage, ſo wie alle Realklagen, ſowohl im foro *rei ſitae*, als im foro *domicilii* des Beſitzers der Sache, angeſtellt werden, es mag übrigens, ſoviel den erſtern Gerichtsſtand anlangt, nur von einer **beweglichen** Sache die Rede ſeyn y).

Von der actione Publiciana.

§. 437.

Dieſe Klage hat von dem Prätor Quintus Publicius ihren Nahmen, welcher ſelbige ohngefähr im Jahr 687, nach Erbauung der Stadt Rom, einführ-

t) L. 16. C. de praed. minor. *Carpzov* P. II. conſt. 11. def. 29.

v) *Stryck* in caut. contr. Sect. II. Cap. 8. §. 48. *Struve* in jurisprud. for. Lib. II. Tit. 13. §. 10.

x) L. 6. D. de captiv. et poſtl. reverſ.

y) *Wernher* P. III. obſ. 61.

führte z). Die Billigkeit bewog den Prätor dazu. Denn wer die Reivindication anſtellen will, muß beweiſen, daß er **Eigenthümer** ſey, welcher Beweis ſehr ſchwer iſt. Dazu gehört nun aber unter andern auch (§ 434.), daß er darthue, daß ſein **Autor**, d. i. derjenige, **von dem die Sache auf ihn gekommen iſt**, würklich Eigenthümer war, und alſo auch auf ihn das Eigenthum übertragen konnte. Der alleinige Umſtand, daß die Sache durch einen rechtmäßigen Titel auf uns gekommen ſey, iſt nicht hinlänglich. Zuweilen iſt auch die Verjährungszeit noch nicht verfloſſen; denn wenn dies wäre, ſo wäre man durch die Verjährung Eigenthümer geworden. Es könnte ſich mithin oft ereignen, daß derjenige, welcher eine Sache mit dem rechtmäßigſten Titel erworben hat, der aber weder das Eigenthum ſeines Autors darzuthun im Stande iſt, noch die Sache durch Verjährung zu ſeinem Eigenthum gemacht hat, in dem Fall, wenn er um dieſelbe käme, keine Klage hätte, um ſolche wieder zu erlangen. Einem ſolchen iſt nun der Prätor zu Hülfe gekommen, indem er in der L. 1. et vlt. D. de Public. in rem act. ſagt: *Si quis id, quod traditur, ex juſta cauſſa non a domino et nondum vſucaptum petet, ſi ea res poſſeſſoris non ſit, judicium dabo.* Dieſe Worte wollen wohl nichts anders ſagen, als dieſes: wenn Jemand eine Sache durch rechtmäßigen Titel und Erwerbungsart an ſich gebracht hat, und ein redlicher Beſitzer iſt, ſein Gegner aber, welcher die Sache beſitzt, keinen rechtmäßigen Titel hat, oder ſich in mala fide befindet; ſo ſoll angenommen werden, als ob jener ſein Eigenthum förmlich er-

z) *Ioh. Wilh. Hoffmann* in meletem. diſſ. 7. §. 5. *Reinold* in opuſcul. p. 358. ſqq.

erwieſen hätte, und dieſer zur Herausgabe der Sache angehalten werden.

Es gründet ſich alſo dieſe Klage auf ein erdichtetes, oder, wie man auch zu ſagen pflegt, auf ein prätoriſches Eigenthum (dominium *fictum*, *quaſi*-dominium, dominium *putativum*, dominium *praetorium*), d. h. ſie ſteht demjenigen zu, welcher zwar einen rechtmäßigen Titel und Erwerbungsart für ſich hat, welcher aber theils die Sache noch nicht ſo lange beſeſſen hat, daß er durch Verjährung davon Eigenthümer geworden iſt, theils nicht zeigen kan, daß auch ſein Autor Eigenthümer war.

Urſprünglich iſt ſie nur in Anſehung körperlicher Sachen, als welche im ſtrengen und eigentlichen Verſtande, blos ein Gegenſtand des Eigenthums ſind, eingeführt a), nachher aber auch auf andere dingliche Rechte erſtreckt worden, weil doch dieſe im weitläuftigen Verſtande, ebenfalls in einem Eigenthume beſtehen, und wegen ſolcher gleichergeſtalt eine Vindication Statt findet. Es kan alſo auch wegen dieſer die Publicianiſche Klage angeſtellt werden, wenn man ſolche von einem Nichteigenthümer, mit gutem Glauben und durch einen rechtmäßigen Titel zwar in Beſitz erhalten, dieſen aber vor Endigung der Verjährungszeit verlohren hat. Beſonders gehören dahin die Dienſtbarkeitsrechte, ſowohl die dinglichen, als perſönlichen b). Z. B. es iſt Jemanden der Nießbrauch eines Ackers von einem Nichteigenthümer käuflich überlaſſen worden; von ohngefähr aber gelangt dieſer Acker an einen Dritten, welcher ohne

a) L. 7. §. 8. D. de Public. in rem act.

b) L. 11. §. 1. D. eod.

ne gerechten Titel ſich den Nießbrauch anmaaßt. Hier kan jener mit der Publicianiſchen Klage den Nießbrauch von dieſem Beſitzer vindiciren c).

Es muß jedoch die Sache, welche man mittelſt dieſer Klage erlangen will, durch Verjährung erlangt werden können. Daraus folgt alſo: 1) ſolche Sachen, welche der Verjährung nicht unterworfen ſind, als: res ſacrae, ſanctae, religioſae, dem Commerz entzogene Sachen, können mit dieſer Klage nicht gefordert werden; 2) derjenige, welcher dieſe Klage anſtellen will, muß alle Erforderniſſe der Verjährung, außer der noch nicht vollendeten Verjährungszeit, für ſich haben.

Uebrigens iſt ſie nach dem Beyſpiel der eigentlichen Eigenthumsklage eingeführt worden. In der L. 7. §. 6. D. de Public. in rem act. heißt es ausdrücklich: Publiciana actio *ad inſtar proprietatis*, non ad inſtar poſſeſſionis reſpicit. Daher müſſen alle übrigen Erforderniſſe der Eigenthumsklage, außer dem wahren Eigenthum, auch bey dieſer Klage vorhanden ſeyn. Es muß z. B. der Kläger ordentlicherweiſe die Sache in Beſitz gehabt, und dieſen ungefähr verlohren haben, u. ſ. w. d).

Aus

c) *Struve* exerc XI. §. 49. *Stryck* V. M. Lib. VI. Tit. 2. §. 6.

d) *Oldendorp* in progymn. act. for. Claſſ. III. act. 111. *Schwendendoerfer* de action. for. Cap. II. Membr. 1. act. 16. pag. 188. ſqq. *Eckard* in exam. act. for P. VI. pag. 162. ſqq. *Io. Strauch* diſſ. de Publiciana in rem actione. Ienae 1656. *Adrian Beier* diſſ. de Publiciana actione. Ienae 1668. *Amad. Eckolt* diſſ. de Publiciana actione. Lipſ. 1688.

Aus allem dieſen ergeben ſich nun die Stücke, welche der Kläger in der Publicianiſchen Klage anzuführen, und nöthigenfalls auch zu beweiſen hat. Nämlich:

1) daß er, oder ſein Erblaſſer (wenn nämlich der Erbe klagt), die geklagte Sache beſeſſen. Dies beweißt er durch die geſchehene Uebergabe, oder daß die Sache ipſo jure eigenthümlich erworben worden;

2) daß er die Sache durch einen **rechtmäßigen Titel** erlangt;

3) daß er die Sache *bona fide* erworben. Indeß wird dies aus dem nächſtvorhergehenden Stück vermuthet;

4) daß es eine durch **Verjährung** zu **erlangende Sache** ſey. Auch dies wird vermuthet, und zwar ſolange, bis der Gegner zeigt, daß es eine fehlerhafte Sache ſey;

5) daß **Beklagter** die Sache **beſitze**, und zwar

6) mit **ſchwächerm Recht** als ſie Kläger gehabt (infirmiori jure); wovon unten (§. 439) e).

§. 438.

Der **Kläger** iſt derjenige, welcher das **Eigenthum** der einzuklagenden Sache, oder ein **anderes dingliches Recht** bona fide durch einen rechtmäßigen Titel und durch Uebergabe, oder ipſo jure, erlangt hat, wenn er auch gleich nicht die ganze Verjährungszeit hindurch im Beſitz der Sache geweſen ſeyn ſollte.

Auch

e) *Paelike* de actionib. Sect. II. Cap. 2. §. 9–13.

Auch der Erbe eines ſolchen iſt zur Anſtellung dieſer Klage berechtiget.

Was den **guten Glauben** (*bona fides*), anlangt, ſo wird ſolcher, wenn die Rechtmäßigkeit des Titels bewieſen iſt, ſolange vermuthet, bis der Beklagte das Gegentheil darthut f).

Es iſt ſchon hinreichend, wenn ſich der Kläger nur zur Zeit des erworbenen Beſitzes in ſolchem befunden hat g). Nur der Kaufcontract macht hiervon eine Ausnahme. Wenn man nämlich eine Sache gekauft hat, in der Folge aber um ſolche kömmt, und wider den Beſitzer die Publicianiſche Klage anſtellen will, ſo muß man ſich nicht nur zur Zeit der Uebergabe, oder des erworbenen Beſitzes, ſondern auch zur Zeit des geſchloſſenen Contracts, in bona fide befunden haben h). Daß man hinterher in malam fidem verſetzt wird, ſchadet nichts, nicht einmal nach dem canoniſchen Rechte, ob ſolches ſonſt gleichwohl den guten Glauben die ganze Verjährungszeit hindurch nothwendig macht i). Hier iſt nämlich nur von einem **erdichteten** Eigenthum die Rede; der beſtändige bona fides aber wird nach dem canoniſchen Rechte nur erfordert, wenn einer das **wahre** Eigenthum durch eine vollbrachte Verjährung erlangen will.

II. Unter dem **rechtmäßigen Titel** hat man überhaupt jede Urſache zu **verſtehen**, **weshalb** ein **Beſitzer, den Geſetzen nach**, die Sache für eine ſol-

f) L. 24. C. de rei vindicat.

g) L. 15. §. 3. L. 44. §. 2. D. de vſurpat. et vſucap.

h) L. 7. §. 16. 17. D. de Public. in rem act.

i) *Boehmer* de actionib. Sect. II. Cap. 2. §. 20.

ſolche halten kan, die ihm zugehöre. Dergleichen Urſachen giebt es nun aber gar viele. Z. B. der titulus pro ſoluto, pro legato, pro donato, pro derelicto, pro ſuo, u. ſ. w.

III. Muß der Kläger das Eigenthum, wenn von dieſem die Rede, durch **Uebergabe**, oder, *ipſo jure*, ohne ſolche, erlangt haben. *Ipſo jure*, das heißt: **unmittelbar**, weil die Geſetze es ſo verordnen, und ohne daß es einer Uebergabe bedarf, gelangt zum Eigenthume:

1) ein **Vermächtnißnehmer** k);

2) Einer, dem eine Sache vom Richter **adjudicirt** worden l);

3) derjenige, welchem ein Fideicommiß ex SC. Trebelliano blos mit Worten abgetreten worden iſt m).

Geſetzt auch, daß im erſten und dritten Fall der Verſtorbene die Sache beſeſſen haben ſollte: denn bey der Publicianiſchen Klage iſt kein beſtändiger Beſitz erforderlich, indem ſie ja auch im Fall einer nicht vollbrachten Verjährungszeit Statt findet n).

Auch dem **Erben** eines ſolchen prätoriſchen Eigenthümers ſteht die gegenwärtige Klage zu o). Dieſem iſt jedoch die Vorſicht zu empfehlen, vor deren Anſtellung dar-

k) L. 1. §. 2. D. de Public. in rem act.

l) L. 7. pr. D. eod.

m) L. 12. §. 1. D. eod.

n) *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. VI. Tit. 2. §. 5. *Berger* in oeconom. jur. Lib. II. Tit. 2. §. 34. *Titius* in obſervat. ad *Lauterbach* obſ. 206.

o) L. 7. §. 9. D. de Public. in rem act.

darauf bedacht zu ſeyn, wie er den Umſtand, daß ſein Erblaſſer die Sache aus einem rechtmäßigen Titel inne gehabt habe, beweiſen könne, indem verſchiedene der angeſehenſten Rechtslehrer p) den bloßen Titel: *pro herede*, nicht für hinreichend halten, und nur den einzigen Fall ausnehmen, wenn der Beklagte zugeſtehe, die Sache von dem Kläger empfangen zu haben, und in der Klage angeführt ſey, daß der Beklagte die Sache ſich widerrechtlich zueignen wolle q).

Ob nun gleich dieſe Klage vom Prätor eigentlich nur einem ſolchen zum Beſten eingeführt iſt, der zwar einen rechtmäßigen Titel und eine Erwerbungsart für ſich hat, auch in bona fide ſich befindet, indeſſen aber nicht beweiſen kan, daß ſein Autor auch Eigenthümer war, die Sache auch nicht verjährt hat; ſo iſt deswegen doch einem wahren Eigenthümer, zu Umgehung des ſchweren Beweiſes des wahren Eigenthums, nicht verwehrt, ſolche, als geweſener redlicher Beſitzer der Sache, allein anzuſtellen, oder mit der eigentlichen Eigenthumsklage alternativiſch zu cumuliren.

§. 439.

Der Beklagte iſt derjenige, welcher entweder gar kein Recht hat, die Sache zu beſitzen; oder doch ein geringeres, als der Kläger; und welcher letzterm das behauptete Eigenthum leugnet. Inſofern haftet auch deſſen Erbe. — Mit geringerem Rechte, als Kläger, beſitzt er (*infirmiori jure* poſſidet), wenn er ent-

p) Vorzüglich *Wernher* P. II. obſ. 399.

q) *Wernher* P. I. obſ. 34.

entweder *mala fide*, oder ohne rechtmäßigen Titel beſitzt r). Des Umſtandes, daß der Beklagte mit geringerm Rechte, als Kläger, beſitze, hat dieſer zu erwähnen, wenn er die Publicianiſche Klage allein anſtellt. Cumulirt er aber ſolche mit der Reivindication, ſo iſt dies nicht nöthig, ſondern hier iſt es hinreichend, des bloßen Beſitzers zu gedenken.

§. 440.

Die Bitte geht bey dieſer Klage dahin: zu erkennen, daß Klägern die geklagte Sache vermöge prätoriſchen Eigenthums (jure dominii, vel quaſi) zuſtändig ſey; derowegen Beklagter ihm ſelbige herauszugeben und alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

§. 441.

Als Einreden kommen dem Beklagten folgende Umſtände zu Statten:

1) Daß Kläger ſich nicht *in bona fide* befinde. Dies muß er aber, vorausgeſetzt, daß dieſer den rechtmäßigen Titel dargethan hat, beweiſen.

2) Es fehle demſelben an einem rechtmäßigen Titel. Hierher iſt auch die Einrede des vermeintlich rechtmäßigen Titels zu rechnen s). Z. B. der Kläger glaubt, er habe die Sache gekauft gehabt, es iſt aber kein wahrer Kauf vorhanden. Darauf

r) *Struve* in exercit. ad P. exerc. XI. th. 46.

s) L. 27. D. de vſurpat. et vſucap.

auf kan aber Kläger repliciren: daß er ſich dabey in einem zu entſchuldigenden Irrthum befunden habe. Z. B. Jemand hat von einem blödſinnigen Menſchen etwas gekauft, aber an ſolchem keine Blödſinnigkeit wahrgenommen t). Oder: ich habe Jemanden Auftrag gegeben, mir eine Sache, z. B. ein Pferd zu kaufen. Er bringt mirs auch, und giebt vor, er habe es gekauft; dies iſt aber nicht an dem v). Ferner gehört hierher die Einrede des nicht gültigen rechtmäßigen Titels x). Z. B. der Kläger hat den Verkäufer, von welchem er die Sache erhalten, zum Verkauf gezwungen.

3) Kläger habe keinen Beſitz der geklagten Sache gehabt. Z. B. es hat Jemand eine Sache an zwey beſondere Perſonen zu verſchiedenen Zeiten verkauft, und einem davon ſolche übergeben. Hier kan der Andere, welchem ſie nicht übergeben worden, wider dieſen keineswegs die Publicianiſche Klage anſtellen; denn er hatte ja noch keinen Beſitz an der Sache erlangt y). Allenfalls könnte er de dolo wider den zweyten Käufer klagen, wenn dieſer darum gewußt haben ſollte, daß die Sache ihm ſchon verkauft geweſen ſey: oder er muß den Verkäufer actione emti auf das Intereſſe belangen. — Auf dieſe Einrede dient jedoch zur Replik: Obgleich er, Kläger, die Sache noch nicht beſeſſen, ſo habe doch der Verſtorbene ſolche im Beſitz ge-

t) L. 7. §. 2. D. de Public. in rem act.

v) L. 11. D. pro emtore.

x) L. 69. 70. D. de rei vindicat.

y) L. 9. §. 4. D. de Public. in rem act.

gehabt, und nach deſſen Tode ſey das Eigenthum der Sache unmittelbar auf ihn übergegangen (§. 438).

4) **Es ſey die Rede von einer fehlerhaften Sache, d. i. von einer ſolchen, die nicht präſcribirt werden könne.**

5) **Ihm, Beklagten, ſtehe ein gleiches Recht, wie Klägern, an der Sache zu;** er habe ſie ſelbſt bona fide et juſto titulo an ſich gebracht. Hier kömmt die Regel zur Anwendung: *in pari cauſſa melior eſt ratio poſſidentis quam petentis* z). — Z. B. es kömmt mir eine Uhr abhanden, die ich nicht lange vorher in der Leipziger-Meſſe von einem Juden gekauft habe. Nach einiger Zeit erfahre ich, daß Cajus dieſe Uhr beſitzt, und ſtelle gegen denſelben die Publicianiſche Klage auf die Herausgabe derſelben an. Allein er ſetzt mir die gegenwärtige Einrede entgegen: er habe nämlich die Uhr bona fide et juſto titulo an ſich gebracht, indem er ſie in der Naumburger-Meſſe von einem ihm unbekannten Menſchen gekauft habe. Hier haben wir beyde ein gleiches Recht an ſolcher; ich habe nämlich einen rechtmäßigen Titel für mir, indem ich die Uhr gekauft habe; ich bin auch *in bona fide* geweſen: beydes aber iſt auf Seiten des Cajus auch der Fall; er hat ebenſowohl einen gerechten Titel für ſich, als er bey Acquiſition der Uhr in bona fide war. Meine Klage iſt alſo bey ſo bewandten Umſtänden vergeblich, denn hier geht es nach der angeführten Rechtsregel. — — Der Kläger kan jedoch **repliciren:** Beklagtens vorgeblicher rechtmäßiger Titel ſey ungültig. Z. B. die Sache eines Minderjährigen, die bona fide et juſto titulo ſein Eigenthum geworden iſt, wird

z) L. 9. §. 4. D. alleg.

von deſſen Vormunde ohne Beobachtung der geſetzlichen Feyerlichkeiten verkauft. Nun iſt zwar der Käufer in bona fide, er hat auch einen rechtmäßigen Titel — den Kauf — für ſich; allein deſſenungeachtet kan der Minderjährige, nach erlangter Majorennität, die Publicianiſche Klage wider ihn anſtellen a).

6) **Beklagter habe ein beſſeres Recht, als Kläger.** Z. B. der Kläger iſt nur ein redlicher Beſitzer geweſen, er hat die Sache zwar mit gutem Glauben inne gehabt, es hat ihm aber an einem rechtmäßigen Titel gemangelt. Man denke ſich den Fall, daß er die Sache als eine geerbte Sache beſeſſen hat, ohne zu wiſſen, daß ſolche ſein Vorfahr nur pfandweiſe beſeſſen; hingegen der Beklagte beſitzt ſolche mit gutem Glauben und rechtmäßigem Titel.

7) **Beklagter ſey würklicher und rechtmäßiger Eigenthümer der Sache.** Z. B. er hat ſolche uſucapirt. Hier muß das dominium putativum weichen. Hierauf kan jedoch der Kläger repliciren: daß Beklagter aus bloßer Gefährde, würklicher Eigenthümer zu ſeyn, vorgebe b). Z. B. Titius verkauft mir einen Acker des Sempronius, als den ſeinigen, ohne daß ich davon etwas weiß, daß der Acker nicht ſein Eigenthum iſt. Er übergiebt mir auch ſolchen. Nachher kömmt aber Sempronius und vindicirt ihn von mir. Als dieſes geſchehen iſt, ſtirbt Sempronius; mein ehemaliger Verkäufer, Titius, wird ſein Erbe, und beſitzt den Acker, wie ſein Erblaſſer, als ſein wahres Eigenthum. Nun ſtelle ich die Publicianiſche

a) L. 13. §. 2. D. eod. L. 27. D. de contrah. emt. vendit.

b) L. 72. D. rei vind.

ſche Klage wider ihn an, weil ich den Acker ehedem bona fide et juſto titulo beſeſſen hätte; er opponirt mir aber exceptionem *juſti dominii*. Da kan ich mich der angezogenen **Replik** bedienen; er dürfe nämlich als mein Verkäufer, ſeine eigne Handlung nicht anfechten, zumal da er mir in dieſer Qualität wegen der Sache die Gewähr leiſten müſſe.

Mehrere Fälle, da dieſe Einrede durch eine Replik aus dem Wege geräumt werden kan, ſind enthalten in der L. 4. §. 32. D de doli mali et met. exc. L. 24. D. de exc. rei judic. L. 18. §. 15. D. de damno inf L. 28. D. de noxal. act. verglichen mit der L. 130. D. de reg. jur. c).

Unſtatthaft hingegen iſt die Einrede **der bereits zuvor angeſtellten Eigenthumsklage**. Denn dadurch, daß der Kläger anfänglich aus dem wahren Eigenthum die Reivindication wider den Beklagten angeſtellt hat, iſt keine Begebung des erdichteten Eigenthums, mithin auch nicht der Publicianiſchen Klage geſchehen. Ein Anders wäre es, wenn der Kläger mit der Reivindication die Publicianiſche Klage **cumulirt** gehabt hätte, und damit abgewieſen worden wäre. Da ſtünde ihm die exceptio rei judicatae entgegen.

So iſt auch die Einrede: **daß Kläger, nach ſeinem erlangt gehabten Beſitze, die Sache nicht ferner mit gutem Glauben inne gehabt habe**, nach den oben (§. 438.) angeführten Grundſätzen, ohne Würkung.

Da

c) Man ſehe auch *Stryck* in V. M. Lib. VI. Tit. 2. §. 5.

Da übrigens dieſe Klage nach dem Beyſpiel der Reivindication eingeführt worden, ſo gilt in Anſehung des fori, in welchem ſie anzubringen das Nämliche, was bereits (§. 437) vom foro in Anſehung der Reivindication geſagt worden iſt.

Formular
einer Reivindicationsklage, mit welcher die Publicianiſche Klage alternativiſch vereiniget worden.

Obrubricirter Beklagter beſitzt allhier vor dem Löberthore, eine zwiſchen N. N. und N. N. gelegene Scheune d). Dieſe gehört Klägern jure dominii vel quaſi (aus dem Civil- oder prätoriſchen Eigenthumsrechte) zu, denn derſelbe hat ſolche, beſage der abſchriftlichen Anlage ſub A., wovon er nöthigenfalls das Original vorzulegen erböthig iſt, von N. N. aus einem vorhero mit ihm darüber geſchloſſenen Kauf eigenthümlich e) übergeben erhalten. Da nun aber Beklagter demſelben ſolche in Güte nicht abtreten will; ſo wird in den Rechten zu erkennen gebeten:

daß Klägern die quäſtionirte Scheune jure dominii vel quaſi zuſtehe, derowegen Beklagter ihm ſelbige u. ſ. w.

Von

d) Man ſchweigt von der Qualität des Beſitzes, in welcher Maaße nämlich Beklagter die Sache inne hat: ob mit beſſerm, gleichem oder ſchwächerm Rechte, als ehedem Kläger, ſtille.

e) Denn der Kläger will die Sache zu eigen haben; nun kan man aber einem auch eine Sache abkaufen, um nur ein Dienſtbarkeitsrecht zu erlangen.

Von der actione reſciſſoria.

§. 442.

Dieſe Klage, welche auch *actio reſtitutoria*, *quaſi-Publiciana* und *actio vtilis* genennt wird f), iſt ebenfalls, wie die vorhergehende, eine prätoriſche Klage g). Bey jener fingirt der Prätor, daß der Kläger das Eigenthumsrecht an einer Sache durch Verjährung erlangt habe; bey dieſer, daß er Kläger das Eigenthum noch habe, ob es gleich nach der Strenge der Rechte verlohren gegangen. Wer nämlich eine Sache durch Verjährung erworben hat, iſt dadurch Eigenthümer geworden, und das Recht des vorigen Eigenthümers iſt erloſchen. Will dieſer von ihm die Sache vindiciren, ſo kan der Beklagte ihm die Einrede der **Verjährung** entgegen ſetzen. Zuweilen aber wird nach dem prätoriſchen Rechte eine bereits vollendete Verjährung, **für noch nicht vollendet** angeſehen, und demjenigen, deſſen Sache ein Anderer eigentlich ſchon verjährt hat, wider dieſen eine Klage geſtattet, womit er die Sache heraus verlangen kan; und dies iſt die gegenwärtige *actio reſciſſoria*. Daß eine bereits vollbrachte Verjährung als **noch nicht vollendet** betrachtet wird, iſt alsdenn der Fall, wenn demjenigen, welcher ſeiner Sache durch ſolche verluſtig worden iſt, eine **gerechte Urſache der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand** zu Statten kömmt.

Eine dergleichen **gerechte Urſache** iſt nun überhaupt ein **Thathinderniß** (impedimentum *facti*), wes-

f) L. fin. C. quib. ex cauſs. major.

g) §. 5. I. de actionib.

weshalb man, ſein Recht zu verfolgen, nicht im Stande geweſen; beſonders die **Abweſenheit**. Soll dieſe jedoch eine gerechte Urſache zur Wiedereinſetzung in den vorigen Stand abgeben, ſo muß ſie eine **außerordentliche**, d. i. eine ſolche ſeyn, da man ſich nicht an dem Orte befindet, woſelbſt man ſeinen Wohnſitz nicht hat. Wegen einer **ordentlichen** Abweſenheit findet wider die Verjährung keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtatt, weil da ſchon, wegen ſolcher, die Geſetze dem Abweſenden gegen die Verjährung dadurch zu Hülfe gekommen ſind, daß ſie die Verjährungszeit während der Jahre der Abweſenheit verdoppelt haben h).

Die Abweſenheit kan aber auf **doppelte** Art eine gerechte Urſache zur Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen eine bereits vollendete Verjährung abgeben.

1) Wenn Jemand aus gerechter Urſache von ſeinem Wohnorte abweſend iſt — z. B. in öffentlichen Geſchäften — und ein Anderer unterdeſſen von deſſen Sache etwas verjährt.

2) Wenn Jemand von ſeinem und meinem gemeinſchaftlichen Wohnort abweſend iſt, von meinen Sachen etwas bey ſich hat und verjährt.

In beyden Fällen kan der vorige Eigenthümer dieſe Klage anſtellen und verlangen, daß er wider die vollendete Verjährung in den vorigen Stand geſetzt, und ihm die Sache herausgegeben werde i).

An-

h) L. 12. C. de praeſcript. longi tempor.

i) L. 1. 26. §. fin. L. 45. D. Ex. quib. cauſ. major.

Anders verhält es ſich, wenn Jemand wegen einer **Rechtsverhinderung** (impedimentum *juris*) ſein Recht nicht hat verfolgen können. Hier bedarf es keiner Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, mithin auch keiner Reſciſſorienklage, denn die Geſetze ſchützen ihn, daß während dieſes Hinderniſſes ſeine Klage nicht verjährt werden können. Es kömmt ihm vielmehr die Regel zu Statten: *non valenti agere, nulla currit praeſcriptio* k). — So kan z. B. die Ehefrau in der Regel erſt nach geendigter Ehe das von ihrem Manne veräußerte Heyrathsgut vindiciren, und ſolange die Ehe dauert, läuft ihr keine Verjährung l). So kan ferner ein Agnat das ohne ſeine Einwilligung veräußerte Lehn nur erſt alsdenn, wenn die Succeſſionsordnung an ihn kömmt, vindiciren; und, ſo lange ihn dieſe nicht trift, läuft keine Verjährung.

Uebrigens iſt gegenwärtige Klage theils **dinglich**, theils **perſönlich**. Eine **dingliche** iſt ſie, wenn das durch die Verjährung verlohren gegangene Recht ein **dingliches** Recht iſt, z. B. das Eigenthumsrecht. Eine **perſönliche**, wenn dieſes Recht ein **perſönliches** iſt. Z. B. Cajus hat an Jemanden aus einem Darlehn 100 Thlr. zu fordern. Es trägt ſich zu, daß er nach Oſtindien geht, und erſt nach 30 Jahren zurückkömmt, und unter dieſen Umſtänden ſich daher um ſeine Schuldforderung nicht bekümmern können. Seine Klage — die condictio certi ex mutuo — iſt daher durch die Verjährung erloſchen. Allein er kan ſich dieſer perſönlichen reſciſſoriſchen Klage bedienen.

Ein

k) L. 1. in fin. C. de annal. except.

l) L. 42. D. de vſurpat. L. 30. C. de jure dot.

Ein doppeltes Rechtsmittel, nämlich ein remedium reſcindens und reſciſſorium, wie einige behaupten, hat man übrigens anzuſtellen nicht nöthig (§. 65).

§. 443.

Der **Kläger** iſt derjenige, welcher ſein Recht durch die von einem Andern vollbrachte Verjährung verlohren hat, dem aber eine gerechte Urſache der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, dagegen zu Statten kömmt; ingleichen deſſen Erbe.

§. 444.

Der **Beklagte** iſt der, welcher ein gewiſſes Recht gegen den Kläger verjährt hat. Auch ſein Nachfolger haftet; er ſey nun ſein **Erbe**, oder ein **beſonderer Nachfolger**, weil nicht nur ein ſucceſſor vniverſalis, ſondern auch ſingularis ſich ſeines Anteceſſors Zeit bey der Verjährung zu Nutze machen, und ſelbige mit zu der Zeit, da er die Sache beſeſſen, rechnen kan, wenn er nur bey der Real-Reſciſſorienklage die Sache, weshalb geklagt wird, beſitzet m).

§. 445.

Die **Bitte** geht dahin: **die vollbrachte Verjährung wiederaufzuheben, und den Kläger für einen ſolchen, dem das in Frage ſeyende Recht noch zuſtehe, zu erklären.** Zugleich können auch die **Nutzungen**, welche von dem Beklagten von der Zeit an, da der Kläger nicht zu klagen vermocht hat,

m) L. 30. pr. D. ex quib. cauſ. major.

hat, erhoben worden, gefordert werden n); denn die Verjährung wird als eine ſolche, die nicht geſchehen, wiederaufgehoben, und alles wieder in den Stand geſetzt, worinne die Sache zu der Zeit war, da der Kläger in die Umſtände verſetzt wurde, ſein Recht nicht verfolgen zu können.

§. 446.

Der Beklagte kan ſich jedoch mit folgenden Einreden ſchützen:

1) **Auch die Klage ſelbſt ſey verjährt.** Sonſt dauerte ſie ein Jahr, welches Jahr jedoch erſt von der Zeit an ſeinen Anfang nahm, da der Kläger die Verletzung, daß nämlich die Sache von dem Andern verjährt worden, in Erfahrung gebracht hatte o). Dieſes Jahr verwandelte Juſtinian nachher in der L. fin. C. de tempor. in integr. reſtitut. in vier Jahre. Dieſe vier Jahre nehmen von Zeit der erlangten Wiſſenſchaft und des weggefallenen Hinderniſſes ihren Anfang, und es werden dabey alle Tage ohne Unterſchied gerechnet. Es iſt alſo ein tempus ratione initii *vtile*, und ratione curſus *continuum*.

2) **Es ſey keine rechtmäßige Urſache zur Reſtitution vorhanden.** Z. B. der Kläger iſt durch ſein eignes Verſchulden verletzt. Oder, der Präſcribent — der Beklagte — iſt zwar abweſend geweſen, aber er hat einen Bevollmächtigten hinterlaſſen gehabt, wider welchen der Kläger hätte klagen können, ehe noch die

n) L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. D. eod.

o) §. 5. I. de actionib.

die Verjährungszeit verſtrich. Hier kömmt dem Kläger, wegen des Beklagten Abweſenheit, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht zu Statten, weil er in dieſem Fall durch ſeine eigne Schuld ſein Recht verlohren hat p). — Will der Kläger wegen ſeiner eigenen Abweſenheit reſtituirt ſeyn, ſo kan ihm entgegen geſetzt werden: daß ſelbige in einer freywilligen, tadelhaften Abweſenheit beſtanden habe q). Z. B. er iſt als ein Müßiggänger in der Welt herumgeſtrichen.

3) **Die Verabſäumung des in der** *L. 2. C. de annal. exc.* **verordneten Rechtsmittels.** In dieſem Geſetz iſt folgendes verordnet: Wenn man zu beſorgen habe, daß ein Abweſender, welcher keinen Procurator hinterlaſſen hat, etwas von unſern Sachen verjähren möchte, ſo müſſe man wider den Fortgang der Verjährung auf gehörige Art proteſtiren. Auf die Art nämlich, daß man die Proteſtation ſchriftlich verfaſſe, und ſolche dem Richter des Orts, wo man ſich aufhalte, übergebe, oder ſolche mündlich erkläre und zu den Acten ſchreiben laſſe; wenn aber kein Richter an dem Orte, daß man die Proteſtation vor dem Biſchof, oder vor einem Notar verrichte, und dieſen ein Inſtrument darüber verfertigen laſſe, oder, auch in Ermangelung eines Notarius, die Proteſtationsſchrift von drey Zeugen unterſchreiben laſſe r). — Ob nun derjenige, welcher dieſe Vorſchrift nicht befolgt hat, der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſich zu erfreuen habe, mithin der Reſciſſorienklage ſich bedienen könne? iſt ſehr ſtrittig. Nach der

p) L. 21. pr. § 2. L. 39. D. ex quib. cauſ. maj.

q) L. 2. §. 8 D. Si quis caution. in jud. ſiſt.

r) Ein Formular ſehe man bey *Boehmer*, de actionib. Sect. II. Cap. 2. §. 23. not. zz).

der im Lehrbuche, und von andern Juriſten mehr s) angenommenen Meinung, kömmt einem ſolchen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht zu Statten; denn er ſey ſelbſt Schuld daran, daß ſeine Sache verjährt worden, und könne ſich alſo auf den Beyſtand des Prätors keine Hofnung machen. Andere aber nehmen an, daß durch die Vorſchrift des angezogenen Geſetzes, die Wohlthat der Reſtitution nicht aufgehoben ſey. Denn **einestheils** ſey die Proteſtation kein Mittel, die vollendete Verjährung zu reſcindiren, wie gegenwärtige Klage, ſondern nur ein Mittel, ſolche zu unterbrechen; **anderntheils** könne es aber auch ſeyn, daß der Eigenthümer, welcher durch die Verjährung verletzt worden, von ſeinem Rechte nichts gewußt habe. Dieſe Meinung iſt in der Praxis angenommen t), obgleich die Gründe für dieſelbe nicht befriedigend ſind. Denn 1) geſetzt auch die Proteſtation wäre blos ein Mittel, die Verjährung zu **unterbrechen**, ſo folgt ja eben daraus, daß derjenige, welcher dieſe Interruption vernachläßiget hat, ſich nunmehro wider die vollbrachte Verjährung ſeines Gegners nicht in den vorigen Stand ſetzen laſſen könne. 2) Daß der durch die Verjährung verletzte Eigenthümer von ſeinem Rechte nichts gewußt habe, wird ohnehin zur Anſtellung der Reſciſſorienklage erfordert, weil der Kläger ſine ſua culpa lae-

s) Außer den in der Note p) des Lehrbuchs angezogenen Rechtslehrern, gehören noch dahin: *Stryck* in V. M. Lib. IV. Tit. 6. §. 1. *Struve* in exercit. ad pand. Lib. IV. Tit. 6. *Boehmer* in introd. in jus D. Lib. IV. Tit. 6. §. 2. und *Hellfeld* in jurispr. for. §. 470.

t) *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. IV. Tit. 6. *Huber* in prael. ad pand. eod. Lib. et tit. §. 2. *Knorr* in not. ad *Ludovici* etc. obſ. 166. *Titius* in jure priv. Lib. II Cap. 10. §. 14. Höpfner im mehrmals angeführten Commentar, §. 467.

laeſus ſeyn muß. Dies iſt ein weſentliches Stück der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Mithin könnte dem Kläger nur allenfalls der Umſtand zu Gute kommen, daß ihm das in der L. 2. C. de annal. except. enthaltene Rechtsmittel unbekannt geweſen ſey. Dieſes hebt jedoch die Einrede an und für ſich ſelbſt nicht auf, ſondern giebt blos eine Replik dargegen ab.

Was endlich den Richter anlangt, bey welchem dieſe Klage anzubringen iſt, ſo kan ſolcher, wenn ſie eine actio *realis* iſt, ſowohl der judex *domicilii*, als *rei ſitae* ſeyn. Bey der actione reſciſſoria *perſonali* hingegen, muß man ſich an das forum domicilii des Beklagten, wenden.

Von
der actione Pauliana.

§. 447.

Wenn Jemand, der verſchuldet iſt, etwas von dem Seinigen veräußert, ſo laſſen ſich folgende Fälle denken:

1) Daß ſolches geſchieht, nachdem bereits ein förmlicher Concurs über ſein Vermögen entſtanden. Hier iſt die Veräußerung null und nichtig, und die Gläubiger können die veräußerten Sachen mittelſt der Nichtigkeitsklage zurückfordern v).

2) Daß die Veräußerung unternommen worden, ehe noch der förmliche Concurs ausgebrochen. Hier kömmt

v) §. 6. I. de action. Des Verfaſſers Theorie der ſummariſchen Proceſſe, §. 331.

kömmt es darauf an, ob die Veräußerung zum Schaden der Gläubiger geſchehen iſt, das heißt, ob ſie zur Folge hat, daß nun die noch vorhandenen Güter zu ihrer Befriedigung nicht zureichen x); oder nicht. — Gereicht die geſchehene Veräußerung den Gläubigern nicht zum Nachtheil, d. h. das Vermögen des Schuldners reicht deſſenungeachtet noch zu ihrer Befriedigung hin; ſo beſteht ſie und kan nicht angefochten werden. — Im Gegentheil aber hat der Gläubiger entweder aus Gefährde gehandelt, er hat durch die Veräußerung vorſätzlich den Gläubigern ſchaden wollen; oder er hat dieſe Abſicht nicht gehabt. Im letztern Fall beſteht die Veräußerung; denn als Eigenthümer hat der Schuldner ſolche bona fide unternehmen können, und die Gläubiger haben es ſich ſelbſt beyzumeſſen, daß ſie nicht frühzeitiger auf ihre Befriedigung bedacht geweſen ſind. Im erſtern Fall aber kan die Veräußerung von den Gläubigern durch die gegenwärtige Paulianiſche Klage angefochten werden.

Dieſe Klage iſt von einem Prätor, Namens Paulus, eingeführt worden, von dem ſie auch den Nahmen hat, obgleich die Benennung: *actio Pauliana*, nur ein einzigesmal im corpore juris vorkömmt, und zwar im L. 38 §. 4. D. de vſuris. Sonſt wird ſie gemeiniglich nur mit dem Nahmen: *actio in factum*, als dem allgemeinen Nahmen aller prätoriſchen Klagen, bezeichnet y). Nach des Autors Meinung, welche auch die Urſache iſt, daß ſie hier unter den Gattungen der Reivindication mit abgehandelt worden, entſpringt ſie, wie die vorher abgehandelte Reſciſſorienklage, aus dem dominio *ficto*; der Prätor fingire nämlich, daß die Sache

x) L. 10. §. 1. L. 15. D. quae in fraud. creditor.

y) L. 14. D. eod.

che, der aus Gefährde geſchehenen Veräußerung ungeachtet des Schuldners Eigenthum und ein Theil deſſen Vermögens geblieben ſey, und, da letzteres, nach entſtandenem Concurs den Gläubigern zugefallen ſey, ſo gebe er dieſen das Recht, aus jenem dem Schuldner, vermöge einer Fiction verbliebenen Eigenthum die Veräußerung zu reſcindiren. Andere wollen, ſie entſtehe aus der Billigkeit und wieder Andere leiten ſie aus einem Quaſicontracte her. Der Prätor hat dadurch den Gläubigern und zwar vornämlich den Perſonalgläubigern, d. i. ſolchen, die wegen ihrer Forderung keine Hypothek haben, und welchen alſo vorzüglich die unternommene Veräußerung zum Nachtheil gereicht, zu Hülfe zu kommen geſucht, indem dergleichen Gläubiger nach dem Civilrecht keine Klage haben, wodurch ſie das Veräußerte zurückfordern können. Sie haben weder die **Reivindication**, weil durch die Veräußerung des Schuldners, als Eigenthümers, das Eigenthum auf den Andern übergegangen iſt, und den Gläubigern ſelbſt kein Eigenthum zuſteht; noch haben ſie *actionem hypothecariam*, weil ſie **vor** entſtandenem Concurs noch keine Hypothek durch Immiſſion in die Güter des Schuldners, erlangt haben.

Es ſetzt alſo dieſe Klage eine **zum Schaden der Gläubiger** und zwar **aus Gefährde** unternommene **Veräußerung** voraus. Beydes muß bey einer Veräußerung **unter den Lebendigen**, zuſammen vorhanden ſeyn; ſowohl die **Gefährde**, d. i. die Abſicht, den Gläubigern zu ſchaden, als auch **ein würklicher Schade**. Beydes iſt daher auch nothwendig in der Klage auszudrücken. Hat man alſo von der Gefährde **nichts gedacht**, ſo **findet** die Klage **angebrachtermaßen**

nicht Statt, obgleich die Veräußerung würklich zum Nachtheil der Gläubiger geschehen seyn sollte. Uebrigens wird hier unter dem Wort: **Veräußerung jede freywillige Handlung** verſtanden, **wodurch etwas unter dem Vermögen des Schuldners** zu ſeyn, **aufgehört hat** z). Z. B. wenn der Schuldner etwas verkauft, verſchenkt, wenn er ſich eines Pfandrechts begiebt, oder zur Bevortheilung ſeiner Gläubiger zu etwas verbindlich macht, z. B. eine fremde Schuld als Selbſtſchuldner übernimmt; ferner: wenn er ſeine Sache derelinquirt; wenn er ſeinem Schuldner die Schuld erläßt; wenn er eine Sache geringer verpachtet hat, da ſie doch gegen ein weit höheres Pachtgeld hätte verpachtet werden können. In dieſem letztern Fall ſind die Gläubiger den Pacht zu halten, nicht ſchuldig a). — Keine Veräußerung iſt es aber zu nennen, wenn der Schuldner etwas zu erwerben unterlaſſen hat; z. B. wenn er eine Erbſchaft oder ein Vermächtniß ausſchlägt b).

Eigentlich (*directe*) findet ſie aber blos wegen einer Veräußerung **unter den Lebendigen** Statt. **Nützlicherweiſe** (*utiliter*) iſt ſie indeſſen in der Folge auch auf Veräußerungen, die **auf den Todesfall** geſchehen, dergleichen Vermächtniſſe und Schenkungen auf den Todesfall, ſind, erſtreckt worden c), und zwar mit dem wichtigen Unterſchied, daß die auf den Todesfall

z) L. 1. §. fin. L. 3. §. fin. D. eod.

a) *Wernher* P. III. obſ. 99.

b) L. 6. §. 2. D. quae in fraud. creditor.

c) L. 1. §. 2. L. 6. §. 13. D. eod.

fall zum Nachtheil der Gläubiger geſchehenen Veräußerungen nicht beſtehen, ob ſie gleich **nicht aus böſer Abſicht** geſchehen ſind d), weil dergleichen Veräußerungen nur erſt nach Abzug der Schulden, von Würkung ſind e). Hinterläßt daher ein Verſtorbener mehr Schulden, als ſein Vermögen beträgt, ſo ſind ſeine angeordneten Vermächtniſſe vergeblich, und geſetzt, daß der Erbe den Legatarien die Vermächtniſſe ausgezahlt hätte, ſo können die Gläubiger des verſtorbenen Schuldners, ſolche von denſelben actione Pauliana vtili zurückfordern f).

Uebrigens iſt die Pauliniſche Klage, wie die vorher abgehandelte Reſciſſorienklage, entweder *realis*, oder *perſonalis*. *Realis* iſt ſie, wenn das durch die Veräußerung des Schuldners verlohren gegangene Recht, ein **dingliches** Recht iſt, z. B. das Eigenthum. Als: er hat eine Wieſe verkauft. — *Perſonalis*, wenn es ein **perſönliches** Recht iſt. Z. B. er hat einem ſeiner Schuldner die Forderung erlaſſen.

§. 448.

Der **Kläger** iſt der Gläubiger, zu deſſen Nachtheil der Schuldner die Veräußerung vorgenommen hat, oder ſtatt deſſen, bey einem Concurs, der curator bonorum g). — Ja auch ein einziger Gläubiger kan, auſſer der Concurrenz anderer Gläubiger, dieſe Klage ge-

d) L. 1. §. 1. D. Si quid in fraud. patr.

e) §. 3. I. ad L. Falcid.

f) L. 6. §. 13. D. Quae in fraud. creditor.

g) L. 1. pr. D. eod. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 42. Tit. 8. §. 12.

gebrauchen, wenn der Schuldner durch eine Schenkung oder andere betrügliche Veräußerung ſein Vermögen dergeſtalt geſchwächt hat, daß ſich der Gläubiger daraus nicht erholen kan h).

Beſonders gereicht dieſe Klage denjenigen Gläubigern zum Beſten, welche keine Hypothek haben, an die ſie ſich halten können. Denn ſie findet als eine actio praetoria nur in ſubſidium Statt, wenn man ſich nämlich nicht ſchon durch eine Civilklage helfen kan. Es ſoll gewiſſermaßen dadurch eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bewürkt werden, und dieſe iſt, wie bekannt, nur ein ſubſidiariſches Rechtsmittel; daher iſt ſie auch gewiſſermaßen als eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu betrachten.

Sie ſteht auch den **Erben** des **Gläubigers** zu i), ſo wie einem beſondern Nachfolger k), dem z. B. der Gläubiger ſeine Forderung abgetreten hat. — Nicht aber den Erben des **Schuldners**, weil der Erbe die Handlungen ſeines Erblaſſers anzuerkennen verbunden iſt l). Z. B. der Schuldner hat einen Anverwandten, der ihn nach ſeinem Tode ab inteſtato beerben wird. Er iſt ihm aber nicht günſtig, und verſchenkt daher manches bey ſeinem Leben, um demſelben deſtoweniger zu hinterlaſſen. Darauf ſtirbt er, und der Erbe will das Verſchenkte actione Pauliana zurückfordern. Dies geht

U 2 nicht

h) L. 1. pr. D. Quae in fraud. creditor. und zwar die Worte: *vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit.* L. 10. §. 6. 7. *D.* eod.

i) Siehe den §. 55. des Lehrbuchs.

k) L. 10. §. 25. D. quae in fraud. cred.

l) L. 4. C. de revocand. his, quae in fraud. credit. *Struve* exerc. 44. th. 75.

nicht an, denn er war zur Zeit der Veräußerung kein Gläubiger des Schenkers. Ein Erbe darf auch die Handlungen ſeines Erblaſſers nicht anfechten. — Iſt er allenfalls den Pflichttheil zu fordern berechtiget geweſen, ſo mag er querelam inofficioſae donationis anſtellen.

Vielweniger kan der Schuldner ſelbſt dieſe Klage anſtellen; weil Niemand ſeine eigenen Handlungen anfechten darf, widrigenfalls ſteht ihm allemal die exceptio rei venditae entgegen (§. 436. Num. 7).

§. 449.

Um zu beſtimmen, gegen wen die gegenwärtige Klage Statt finde, und wer alſo der **Beklagte** ſey; hat man zwiſchen der actione Pauliana *reali* und *perſonali* einen Unterſchied zu machen.

Bey jener iſt ſolcher der **Beſitzer** der zum Nachtheil des Klägers veräußerten Sache. Und zwar hat er ſolche **entweder umſonſt** (titulo *lucrativo*) erhalten, **oder nicht umſonſt** (titulo *oneroſo*). — Im **erſten** Fall iſt es gleichviel, er mag um die Bevortheilung gewußt haben, oder nicht m); denn wenn er es auch nicht gewußt hätte, ſo gehen ihm doch die Gläubiger vor, weil ſie nach keinem Gewinn trachten, ſondern lediglich ihren Schaden zu vermeiden ſuchen (certant de damno vitando, non de lucro captando). Doch haftet er nur inſoweit, als er reicher worden. — Sollte er die Sache nicht mehr beſitzen und **böslicherweiſe** — um den Gläubigern die Paulianiſche Klage zu vereiteln — zu beſitzen aufgehört haben; ſo können die

m) L. 6. §. 11. D. quae in fraud. credit.

die Gläubiger wider den Andern, dem er die Sache überlaſſen hat, dieſe Klage anſtellen, wenn ſolcher um dieſe betrügeriſche Veräußerung gewußt hat. Wäre dieſes aber der Fall nicht, ſo haftet der Veräußerer noch durch dieſe Klage, und muß den Gläubigern dasjenige herausgeben, was er von dem Andern für die Sache bekommen hat. Denn dadurch, daß er böslicherweiſe zu beſitzen aufgehört hat, wird er noch für den würklichen Beſitzer gehalten n). Ein Anders iſt, wenn er aus **keiner böſen Abſicht**, ſondern blos deswegen, weil ihm die Sache nicht mehr angeſtanden, zu beſitzen aufgehört hat. Hier kömmt es darauf an, ob ihm wider den Andern, an den die Sache veräußert worden, eine Klage zuſteht, oder nicht. Hat er eine Klage, ſo muß er ſolche den Gläubigern abtreten o). Z. B. er hat die vom Schuldner ihm geſchenkte Sache verkauft und von dem Käufer das Kaufgeld noch nicht bekommen. — Fehlt es ihm aber an einer Klage; ſo können die Gläubiger von ihm nichts fordern; denn er beſitzt die Sache nicht mehr, und hat auch nicht aus Gefährde zu beſitzen aufgehört.

Was hingegen den Fall anlangt, da der Beſitzer die Sache **nicht umſonſt** an ſich gebracht hat, ſo muß dieſer, wenn er **gänzlich** haften ſoll, um die vom Schuldner beabſichtigte Bevortheilung ſeiner Gläubiger gewußt haben. **Hat er nicht darum gewußt**, ſo haftet er nur inſoweit, als er durch die Veräußerung reicher geworden iſt p). Z. B. er wußte zwar nicht, daß ihm der Schuldner den Garten zum Nachtheil ſeiner Gläubiger verkaufte; er hat ihn aber um 200 Thaler

n) L. 9. in fin. L. 10. §. 24. L. 14. D. eod.

o) L. 14. D. eod.

p) L. 6. §. 7. 8. D. eod. *Leyſer* Sp. 494. Med. 15.

ler zu wohlfeil bekommen. Hier muß er entweder die 200 Thaler noch nachzahlen, oder er muß ſein Kaufgeld zurücknehmen und den Garten wieder herausgeben. — Sollte der Beklagte gewußt haben, daß zur Zeit des Erwerbes der Sache, verſchiedene Gläubiger in den Schuldner gedrungen, und er ſich dadurch einer Argliſt verdächtig gemacht haben, ſo muß er dieſe mittelſt Eydes von ſich ablehnen q).

Der Erbe haftet nur in ſoweit, als etwas auf ihn gekommen iſt; mithin haftet er als Erbe nicht für alles, was ſein Erblaſſer, wenn er noch lebte, würde haben aushändigen müſſen.

Bey der actione Pauliana *perſonali* iſt der Beklagte der Schuldner, welchem die Schuld erlaſſen worden. Doch kan dieſe Klage auch wider den Schuldner ſelbſt, der die Veräußerung vorgenommen, angeſtellt werden. Z. B. als der Schuldner merkt, daß bald ein Concurs über ſein Vermögen ausbrechen werde, ergrimmt er gegen ſeine Gläubiger, und richtet alle ſeine Effecten zu Grunde. Hier können die Gläubiger, wenn ſie ſich ſonſt an ihm nicht zu erholen vermögen, auf eine Strafe antragen. Z. B. Beklagten wegen ſolchen verübten Betrugs ſeines *beneſicii ceſſionis* für verluſtig zu erklären, und ihn deshalb zum Feſtungsbau, oder Schuldthurm, zu condemniren.

§. 450.

Das Geſuch geht überhaupt dahin: daß die Veräußerung wieder aufgehoben, und zum Beſten

q) Engau P. I. deciſ. 254. num. 7.

ſten des Klägers für nicht geſchehen erklärt, folglich alles wieder in den Stand, worinn es ſich zur Zeit der geſchehenen Veräußerung befunden, geſetzt werden möge. Da alſo alles wieder in den Stand, worinne es zur Zeit der geſchehenen Veräußerung ſich befunden, geſetzt werden muß r), ſo hat der Beſitzer der veräußerten Sache ſolche mit allem, was dazu gehört, nämlich mit den Nutzungen s) und den Zinſen t), zu reſtituiren. Alles zum Beſten der Gläubiger, damit die Concursmaſſe dadurch vermehrt werde, und ſie deſto eher ihre Befriedigung erlangen können v).

Nach Beſchaffenheit der geſchehenen Veräußerung iſt die Bitte beſtimmt einzurichten. Z. B. ſolchemnach nun auch zu erkennen, daß Beklagter die in Klage gebrachte Mühle mit Zubehör und allen Nutzungen, zur Befriedigung der Gläubiger an die Concursmaſſe abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten demſelben zu erſtatten ſchuldig.

Hat der Schuldner ein ausſtehendes zinßbares Capital, z. B. von 100 Thalern, ſeinem Schuldner geſchenkt, ſo wird gebeten: daß Beklagter die qu. 100 Thaler, nebſt den Zinſen zu bezahlen ſchuldig.

§. 451.

Zur Einrede kan gebraucht werden:

1)

r) L. 10. §. 22. D. quae in fraud. creditor.

s) L. 10. §. 20. eod.

t) L. 10. §. 22. eod.

v) *Mevius* P. IV. deciſ. 143.

1) **Die Klage ſey durch die Verjährung erloſchen.** Vor **Juſtinian** war die Verjährungszeit ein **nützliches** Jahr (annus vtilis) x; dieſer aber hat ſolches in **vier** Jahre verwandelt y). Dieſe nehmen ihren Anfang nach der geſchehenen Veräußerung, von der Zeit, da die Gläubiger zu klagen im Stande ſind z). Dies letztere können ſie, wenn der Concurs ausgebrochen, und zur Regulirung des vorhandenen Vermögens des Schuldners ein curator bonorum beſtellt worden iſt. Denn alsdenn nimmt man erſt wahr, wieviel Gläubiger vorhanden ſind, und ob das Vermögen des Schuldners zu ihrer Bezahlung hinreicht, oder nicht. Im letztern Fall können ſie erſt klagen, weil man alsdenn beſtimmen kan, ob die Veräußerung würklich zu ihrem Nachtheil geſchehen. Wenn daher eher geklagt würde, z. B vor entſtandenem Concurs, ſo ſteht die exceptio excuſſionis entgegen z); worauf jedoch **replicirt** werden kan: es ſey **notoriſch, daß der Schuldner ſeine Gläubiger nicht alle befriedigen könne, mithin bedürfe es keiner Excuſſion** a). Doch findet dieſe Klage auch noch **nach einem Jahre Statt**, wenn von dem Beklagten nur ſoviel gefordert wird, als er durch die Veräußerung reicher worden iſt. In dieſem Fall dauert ſie 30 Jahre b), denn hier iſt ſie die eigentliche actio in factum, welche damit begründet werden muß, daß Niemand mit eines Andern Schaden ſich bereichern dürfe. Z. B. ſie wird wider Einen, der die Sa-

x) L. 1. pr. D. L. 6. §. 14. D. quae in fraud. credit.

y) Siehe den §. 65. des Lehrbuchs.

z) L. 1. C. de revoc. his, quae in fraud. creditor.

a) *Lauterbach* in coll. th. pr Lib. 42. Tit. 8. §. 16.

b) L. 10. §. 24. D. quae in fraud. credit.

Sache umſonſt erhalten, oder wider die Erben angeſtellt c).

2) **Es ſey keine Veräußerung geſchehen.** Dahin gehört, wenn der Schuldner blos etwas zu erwerben unterlaſſen hat (§. 447). Denn nur ſein ſchon habendes Vermögen darf der Schuldner nicht vermindern. Daß er hingegen auch ſein Vermögen zu vermehren, zum Nachtheil ſeiner Gläubiger nicht unterlaſſen ſoll, dies legen ihm die Geſetze nicht auf d). Es kan jedoch auf dieſe Einrede replicirt werden: 1) **daß der Schuldner bereits ein Recht, ſich die Sache zu erwerben, erlangt gehabt.** Z. B. der Teſtirer, der ihn zum Erben eingeſetzt hat, iſt bereits verſtorben und ihm daher die Erbſchaft ſchon angefallen. Denn hier hat doch das Recht ſchon zu ſeinem Vermögen gehöret e). 2) **Daß die Unterlaſſung des Erwerbes nicht zum Nachtheil des Fiscus geſchehen mögen** f).

3) **Die Veräußerung ſey, ehe noch der Concurs ausgebrochen, unternommen worden.** Soll dieſe Einrede Statt finden, ſo iſt folgendes erforderlich: 1) daß der Schuldner zur Zeit der geſchehenen Veräußerung, derſelben ungeachtet, **noch ſo viel Vermögen übrig behalten habe, wovon ſeine damaligen Gläubiger miteinander befriediget wer-**

c) *Carpzov* P. II. Conſt. 3. def. 20.

d) L. 6. pr. D. quae in fraud. cred. L. 134. D. de reg. jur.

e) *Schilter* exerc. 46. §. 53. *Stryck* V. M. Lib. 42. Tit. 8. § 3.

f) L. 45. pr. D. de jure fiſci.

werden können g). Denn da iſt die Veräußerung nicht zu ihrem Nachtheil geſchehen. Oder 2) wenn die Veräußerung ſchon damals aus Gefährde von dem Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger unternommen worden, daß der Acquirent, ohne von ſolcher Gefährde etwas zu wiſſen, die Sache nicht umſonſt erhalten h). — **Iſt hingegen der Concurs ſchon würklich vorhanden geweſen** und des Schuldners Vermögen bereits vom Richter den Gläubigern überlaſſen, auch dem Schuldner ein praeceptum de non alienando inſinuirt worden, ſo iſt jede Veräußerung, die der Schuldner nachher unternimmt, null und nichtig, und die Glaubiger können die veräußerte Sache durch die **Reivindication** oder **Publicianiſche Klage** von dem Beſitzer zurückfordern i), und da bedarf es keiner Wiedereinſetzung in den vorigen Stand.

4) **Die Veräußerung ſchade Klägern nichts.** Ehe Beklagter haftet, muß der Kläger zeigen, daß die Veräußerung zu ſeinem Nachtheil geſchehen und daher den Schuldner erſt ausklagen, damit ſich zuvor veroffenbare, daß er entweder gar nicht, oder nur zum Theil aus deſſen Gütern befriediget werden könne k).

5) **Die Veräußerung ſey nicht aus Gefährde geſchehen.** Die Gefährde hat der Kläger zu erweiſen

g) §. 3. I. Quib. ex cauſ. manum.

h) L. 6. §. 8. D. quae in fraud. credit.

i) §. 6. I. de action. L. 26. D. de pignorat. act. L. fin. C. de praet. pign. *Stryck* de act. for. Sect. II. Membr. 5. §. 14.

k) L. 1. C. de revoc. his, quae in fraud. cred. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 42. Tit. 8. §. 11.

ſen l). Weil ſolches aber ſehr ſchwer hält, ſo werden Vermuthungen zugelaſſen m).

6) **Beklagter habe blos ſein eignes Recht wahrgenommen.** Man nehme an: der Beklagte iſt ſelbſt ein Gläubiger des Schuldners geweſen, und hat ſich, als er gemerkt, daß der Concurs über kurz oder lang über ſolchen ausbrechen werde, ſeine Befriedigung zu erlangen bemühet, iſt auch würklich befriediget worden. Ein ſolcher vorſichtiger Gläubiger (creditor vigilans) iſt, wenn er anders ſeine Befriedigung zu der Zeit erhalten, da der Schuldner noch über ſein Vermögen disponiren konnte, nicht ſchuldig, das Geld zurückzuzahlen. Die übrigen Gläubiger, die hernach zu kurz kommen, mögen es ſich ſelbſt beymeſſen, daß ſie ſo nachſichtig gegen den Schuldner geweſen ſind. Dem vorſichtig geweſenen Gläubiger ſchadet es auch nichts, daß er etwa gewußt hat, der Schuldner habe nicht ſo viel Vermögen, um alle ſeine Schulden zu bezahlen n). Wenn der Schuldner dabey nur nicht die andern Gläubiger zu bevortheilen geſucht hat. Denn wäre dieſes, und der Gläubiger, welcher ſich bezahlen laſſen, hätte dies gewußt, ſo haftet er o).

7) **Beklagter habe ja die Sache von dem verarmten Schuldner mit Zufriedenheit der Gläubiger erhalten.** Nemo videtur fraudare eos, qui ſciunt et conſentiunt p).

8)

l) L. 1. 2. C. de revoc. his, quae in fraud. creditor.

m) *Lauterbach* l. c. §. 10.

n) L. 6. §. 7. D. quae in fraud. creditor.

o) L. 6. §. 8. D. alleg.

p) L. 6. §. 9. D. eod. L. 145. D. de reg. jur.

8) **Die Sache ſey zu Grunde gegangen.**

9) **Beklagter befinde ſich durch die Veräuſſerung nicht reicher.** Wenn der Beklagte durch die Veräußerung der Sache nicht reicher worden iſt, ſo haftet er nicht, er mag die Sache **umſonſt**, oder **nicht umſonſt** erhalten haben. Z. B. er hat von dem Schuldner ein Pferd geſchenkt bekommen; er iſt dabey in bona fide geweſen, hat es aber nachher weiter verſchenkt. Da haftet er nicht. Denn die Paulianiſche Klage gründet ſich auf die natürliche Billigkeit, daß der Beklagte ſich nicht zum Schaden der Gläubiger bereichern ſoll. Wo dies nun **nicht** iſt, da würde ſelbſt wider die Billigkeit gehandelt werden, wenn der Beklagte haften ſollte.

10) **Es müſſe Beklagtem erſt ſein Kaufgeld reſtituirt werden.** Denn es ſoll ja durch dieſe Klage alles wieder in den Stand geſetzt werden, worinn es vor der Veräußerung war. Auch ſollen die Gläubiger keinen Gewinnſt durch ſolche erlangen, ſondern nur entſchädiget werden.

11) **Kläger ſey zur Zeit der Veräußerung kein Gläubiger des gemeinen Schuldners geweſen.** Wenn dieſes iſt, ſo kan nicht geſagt werden, daß die Veräußerung zu ſeinem Nachtheil geſchehen, weil er damals an dem Schuldner noch nichts zu fordern hatte r). Der Kläger kan aber repliciren: daß er an die Stelle desjenigen Gläubigers trete, zu deſſen Nachtheil die Veräußerung geſchehen, indem er dieſen vor dem Schuldner befriediget habe s).

Der

r) L. 1. C. de jure fiſci.

s) L. 10. §. 1. D. quae in fraud. creditor.

Der Richter iſt übrigens bey der actione Pauliana *reali*, der judex *domicilii*, oder *rei ſitae*. Bey der actione Pauliana *perſonali* aber blos der judex *domicilii*. Im foro contractus kan nicht geklagt werden. Denn daſelbſt kan man zwar wohl ad implendum, nicht aber ad reſcindendum contractum klagen.

Von dem remedio indemnitatis.

§. 451 a.

Wenn über Jemandes Vermögen ein Concurs ausgebrochen iſt, ſo muß zuvörderſt die Concursmaſſe **berichtiget** werden, und zu dieſer **Berichtigung** gehört unter andern die **Abſonderung** alles desjenigen von der Maſſe, was zu ſolcher nicht gehört t). Es ereignet ſich nämlich zuweilen, daß gewiſſe Gläubiger die Trennung verſchiedener Sachen von der Maſſe verlangen, und dies kan aus einem doppelten Grunde geſucht werden. **Einmal** von ſolchen Perſonen, welchen gewiſſe Sachen zu eigen gehören, die ſich unter dem Vermögen des Schuldners noch in Natur befinden. Hier heißt die Abſonderung, welche geſucht wird, die **Abſonderung kraft Eigenthumsrechts** (ſeparatio ex jure *dominii*, und die Perſonen welche ſie verlangen, werden **Vindicanten** genennt. — **Zweytens** von Gläubigern, welche in Anſehung ihrer For-

t) Siehe des Verfaſſers Theorie der ſumm. Proceſſe. §. 331. A. K. *Stockmann* (reſp. *C. G. Biedermann*) diſſ. de ſeparationibus edicto praetoris haud conceſſis. Lipſ. 1788.

Forderungen mit andern Glåubigern beym Concurs nicht in Gemeinſchaft treten wollen. Dieſe wird die Abſonderung vermöge einer **Forderung** (ſeparatio ex jure *crediti*) genennt, und iſt von doppelter Art. Die Gläubiger verlangen ſolche **entweder** aus dem Grunde, weil der verarmte Schuldner Jemanden beerbt, und deſſen Vermögen unter ſich hat, ſie aber eigentlich nicht des verarmten Schuldners, ſondern des Erblaſſers Gläubiger ſind, und daher aus dem Vermögen des letztern befriediget ſeyn wollen; **oder** weil ihnen ein Recht zuſteht, aus einem gewiſſen Theil des Vermögens des verarmten Schuldners, vor andern Gläubigern ihre Befriedigung zu ſuchen. Jene Art der Abſonderung wird die **Abſonderung im eigentlichen Verſtande** (ſeparatio *proprie ſic dicta*), und das den Erbſchaftsgläubigern desfalls zuſtehende Recht, um ſelbige nachzuſuchen, das **eigentliche Abſonderungsrecht** (jus ſeparationis *proprie ſic dictum*); die letztere aber die **uneigentliche**, oder **Quaſi-Separation**, und das den Gläubigern ertheilte Recht, das **uneigentliche Abſonderungsrecht** (jus ſeparationis *improprie ſic dictum*, ſeu jus *quaſi-ſeparationis*) genennet v).

Hier iſt von dem eigentlichen Abſonderungsrecht die Rede x). Dies ſetzt voraus, daß der verarmte Schuldner eines andern Schuldners Erbe geworden iſt,

v) Joh. Ludw. Schmidt's Abhandlung von Separatiſten, 2. Th.

x) In welchen Fällen die uneigentliche Separation Statt finde, davon ſiehe des Verfaſſers Theorie der ſummariſchen Proceſſe, §. 335.

iſt, und deſſen Verlaſſenſchaft ſich noch unter ſeinem Vermögen befindet. Da kan es denn der Fall ſeyn, daß zwar des Erblaſſers Vermögen zur Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger hinreicht, nicht aber das Vermögen des Erben. Die Erbſchaftsgläubiger können daher verlangen, daß ſie, mit Ausſchließung der Gläubiger der Erben, allein aus dem Vermögen des **Erblaſſers** ihre Befriedigung erhalten, und zu dem Ende kömmt ihnen eine bloße Imploration des Richters zu Statten, welche das *remedium indemnitatis* genennt wird. Es muß aber von dieſem Rechtsmittel binnen **fünf** Jahren, von der Zeit an, da der verſchuldete Erbe die Erbſchaft angetreten hat, Gebrauch gemacht werden, ſonſt iſt es präſcribirt worden. Uebrigens hat die erlangte Abſonderung die Würkung, daß den Gläubigern alsdenn, wenn das abgeſonderte Vermögen des Erblaſſers zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht, der Regreß zum Vermögen des Erben benommen iſt y), ja ſie nicht einmal in dem Fall, wenn die Gläubiger des Erben aus deſſen Vermögen das Ihrige erlangt haben, und davon noch etwas übrig geblieben iſt, auf dieſen Ueberreſt Anſpruch machen können z).

§. 452.

Einem **Eigenthümer** kommen hiernächſt auch verſchiedene **perſönliche** Klagen zu ſtatten (§. 431). Einige derſelben werden unmittelbar von den Geſetzen, der Billigkeit wegen, ohne daß ſie ſich auf ein obligatoriſches Factum gründen, gegeben, und ſind alſo actiones *dativae*: andere gründen ſich auf eine dergleichen Ver-

y) L. 1. §. 17. L. 3. §. 2. L. 5. D. de ſeparationibus.

z) L. 5. D. alleg.

Verbindlichkeit würkende Handlung, und ſind actiones *nativae*.

Zu jenen gehören: 1) die actio *ad exhibendum*; 2) die actio *in factum*, und 3) die *condictio furtiva*. Dieſe entſpringen entweder aus einer erlaubten Handlung, beſonders aus Contracten, mit welchen die Verbindlichkeit, die Sache wiederzugeben, verbunden iſt (§. 430); oder aus einer unerlaubten. Von dieſer letztern Art iſt die *actio in factum ob alienationem judicii mutandi cauſſa factam*. — Wir zeigen dieſe Klagen hier vorläufig, nur hiſtoriſch, des Zuſammenhangs wegen, an: die Abhandlung derſelben folgt unten. Indeſſen bemerke man doch von einigen derſelben folgendes:

Die actio *ad exhibendum* iſt vornämlich wegen der dinglichen Klagen eingeführt worden, damit man durch ſolche zuvor erfahre, ob derjenige, wider welchen man eine Vindication anſtellen will, die Sache auch beſitze a). Daher kan ſich deren, außer dem Eigenthümer, auch jeder Andere bedienen, welcher an der Sache ein dingliches Recht hat, z. B. ein Pfandgläubiger b).

Von der *actione in factum* kan in mehr als einem Falle nützlicher Gebrauch gemacht werden, und es iſt bereits oben (§. 436. Num. 2) ein Beyſpiel davon vorgekommen.

Beyde Klagen ſind einem Eigenthümer beſonders bey acceſſionibus *induſtrialibus* ſehr nützlich, wenn nämlich eine acceſſio induſtrialis, z. B. eine Specification,

a) L. 1. D. ad exhib.

b) L. 3. §. 3. D. eod.

tion, Adjunction, vorgegangen iſt. Als: es hat Jemand ohne mein Wiſſen, einen mir gehörigen Edelſtein in ſeinen goldnen Ring faſſen laſſen. Da läßt ſich nun die acceſſoriſche Sache von der Principalſache entweder füglich wiederum abſondern, oder nicht. Im **erſten** Fall kan man nicht gleich die Reivindication wegen der acceſſoriſchen Sache anſtellen, weil die ganze Sache, der **Ring**, womit die unſrige, der **Edelſtein**, verbunden iſt, nicht uns zugehört; man muß vielmehr zuvor die actionem *ad exhibendum* auf die Separation anſtellen und wenn ſolche geſchehen, kan man ſodann das Seinige, z. B. den **Edelſtein**, vindiciren c). Heutiges Tages, da die Cumulation der Klagen erlaubt iſt, kan man mit der *actione ad exhibendum* die **Reivindication** in einem Klagſchreiben vereinigen. Z. B. bitte zu erkennen: **daß Beklagter meinen Diamant aus ſeinem Ringe wieder herauszunehmen, und ſolchen mir, als deſſen Eigenthümer, abzutreten ſchuldig.** — Im **zweyten** Fall aber, wenn nämlich die acceſſoriſche Sache von der Principalſache nicht füglich abgeſondert werden kan, behält zwar der Eigenthümer der Hauptſache die meinige als ein acceſſorium; allein es iſt dabey wahrzunehmen, ob er ein **redlicher**, oder ein **unredlicher** Beſitzer iſt. Iſt er ein **redlicher** Beſitzer, ſo muß er den Werth der acceſſoriſchen Sache bezahlen, wenn er ſolche titulo *lucrativo* — als durch Schenkung — erhalten hat und es findet deshalb wider ihn die actio in factum Staett, weil Niemand ſich mit eines Andern Schaden bereichern darf d). Wenn er ſie aber titulo *one-*

c) L. 6. ad exhib.

d) L. 23. §. 5. D. de rei vindic.

oneroſo erworben hat, z. B. durch Kauf, ſo kan er gar nicht belangt werden; weder actione *reali*, weil ſich die Sache von der ſeinigen nicht trennen läßt und er ſolche bona fide et juſto titulo an ſich gebracht hat; noch *perſonali*, denn er hat mit mir nicht contrahirt, ingleichen nichts verbrochen, er iſt auch nicht mit meinem Schaden reicher worden, weil er die Sache gekauft hat und es unbillig ſeyn würde, wenn er ſie noch einmal bezahlen ſollte. Alſo fällt hier die actio in factum weg, und der Eigenthümer der acceſſoriſchen Sache muß ſich an den halten, der ihn um ſelbige gebracht hat.

Iſt hingegen der Eigenthümer der Principalſache ein unredlicher Beſitzer, ſo beſitzt er entweder aus einem Titel (poſſeſſio *titulata*); oder nicht (poſſeſſio) *non titulata*. Wäre jenes, ſo kan wider ihn die rei vindicatio *vtilis*, oder die actio *ad exhibendum* Statt haben. Denn dadurch, daß er wiſſentlich eine fremde Sache an ſich brachte und verbrauchte, hat er gleichſam dolo zu beſitzen aufgehört und man muß wider ihn zum juramento in litem zugelaſſen werden e). Zum Beyſpiel: bitte, zu erkennen: daß das engliſche Tuch, woraus Beklagter ſich ein Kleid verfertigen laſſen, mir eigenthümlich zugeſtanden, und weil er ſolches wider guten Glauben verbraucht und mir daher nicht unzerſchnitten (in Natur) wiedergeben kan, er mir den Werth deſſelben, welchen ich, nach der Beylage ſub. A. zu 30 Thaler anſchlage, und vermittelſt des *juramenti in litem* eydlich zu erhärten erbötig bin, nebſt allen Unkoſten zu erſtatten ſchuldig. — Sollte er aber ohne allen Titel beſitzen, z. B. er hätte

e) L. 68. D. eod.

hätte die Sache geſtohlen; ſo findet wider ihn die *condictio furtiva* Statt f).

§. 453.

Bisher haben wir uns damit beſchäfftiget, die mancherley petitoriſchen Klagen eines Eigenthümers kennen zu lernen: wir haben uns daher nun auch mit den demſelben zu Statten kommenden poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln bekannt zu machen (§. 429). Dieſe ſind, wie wir wiſſen, von dreyfacher Art: remedia *adipiscendae*, *retinendae* und *recuperandae* poſſeſſionis.

Von denen der erſten Art kömmt einem Eigenthümer zu Statten: I) das interdictum *de tabulis exhibendis*, wovon unten (§. 524 — 528.); und II) das *remedium ex L. fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo*, wovon ebenfalls erſt in der Folge (§. 597. — 601).

Zu den remediis *retinendae* poſſeſſionis gehören folgende: I) das interdictum: *vti poſſidetis*, und *vtrubi*, von welchen bereits oben (§. 173.) gehandelt worden; II) das heutige *poſſeſſorium ſummariisſimum*, welches uns ebenfalls ſchon aus dem obigen (§. 151 — 155.) bekannt iſt. Beſonders aber III) das interdictum *de ſuperficiebus*. Dieſes Rechtsmittel iſt oben g) als eine Gattung des interdicti *vti poſſidetis vtilis* nahmhaft gemacht worden, und hier näher kennen zu lernen. Das Wort: *Superficies*, hat eine doppelte Bedeutung. Es bedeutet: 1) alles dasjenige, was über der Oberfläche eines Grundes, mit

X 2 die-

f) L. 13. D. de condict. furt.

g) Siehe den erſten Theil, §. 173. 174. Note g.

dieſem zuſammenhängt, als: Bäume, Häuſer, u. ſ. w.; 2) das **Nutzeigenthum an der Oberfläche.** Hier bedeutet es eben ſo viel als *jus ſuperficiei*, oder *jus ſuperficiarium*. Wenn nämlich Jemanden die Oberfläche von dem Grunde eines Andern, gegen einen jährlichen Zinß dergeſtalt überlaſſen wird, daß er nach Gefallen etwas darauf ſoll bauen, oder ſonſt damit vereinigen können; ſo heißt dieſes Nutzeigenthum das *jus ſuperficiei*, das **Platzrecht, Grundrecht** Der Herr des Grundes und Bodens heiſt der **Grundherr** (dominus ſoli); derjenige aber, welchem ſolches Nutzeigenthum zuſteht, heiſt der **Grundbraucher** (ſuperficiarius). Der jährliche Zinß wird der **Grundzinß, Bodenzinß** (ſolarium) genennt. Bey dieſem Platzrechte iſt nun dreyerley zu unterſcheiden:

1) **der Grund oder Boden, ohne deſſen Oberfläche** betrachtet. Darüber hat der Grundherr das völlige Eigenthum. Deswegen hat er alſo die Reivindication und das Interdictum *Vti poſſidetis directum*, ſelbſt wider den ſuperficiarium h). Aus dieſem Grunde darf ſich auch dieſer den unter der Oberfläche gefundenen Schatz nicht völlig zueignen.

2) **Die Oberfläche des Grundes und Bodens.** Daran ſteht dem Grundherrn nur das dominium *directum* zu, und der ſuperficiarius hat das dominium *vtile*. Dieſes dominii vtilis wegen hat nun auch der ſuperficiarius *rei vindicationem vtilem* und das Interdictum *de ſuperficie*. Gedachtes Interdict iſt, wie gedacht, nichts anders, als das Interdictum

h) L. 1. §. 4. D. de ſuperfic. L. 1. §. 1. D. Vti poſſid.

dictum *Vti poſſidetis vtile* i) und er kan ſich deſſen ſelbſt wider den Grundherrn bedienen, wenn dieſer ihn im Quaſibeſitz ſeines Nutzeigenthums beunruhigen ſollte. Dies kan ſich beſonders ereignen, wenn die ſuperficies, z. B. das übergebauete Haus, zu Grunde gegangen, z. B. abgebrannt, oder vor Alter eingefallen iſt. Denn dadurch hat das jus ſuperficiei noch kein Ende genommen. In dieſem Fall iſt dieſes Interdicum *de ſuperficie* um ſo nützlicher, weil, wenn die Reivindication angeſtellt würde, gar leicht die Einrede, daß das Grundrecht erloſchen, entgegengeſetzt werden dürfte, wie einige k) ſolche, wiewohl ohne Grund, zulaſſen.

3) **Das Uebergebauete ſelbſt, oder die** *Superficies.* Wenn dieſe der Superficiarius auf ſeine eigenen Koſten erbaut hat, ſo ſteht ſie ihm völlig zu eigen zu und der Grundherr hat daran kein Recht. Daher kan er ſolches von Jedem vindiciren, auch ſich des Interdicti *Vti poſſidetis directi* bedienen l). — Heißt es gleich im L. 3. §. 6. D. Vti poſſid. — *ſemper ſuperficiem ſolo cedere*, ſo iſt dies doch nur von einer ſolchen ſuperficie zu verſtehen, die ohne Verwilligung des domini ſoli errichtet wird. Hier iſt aber vom Gegentheil die Rede.

Wenn man Jemanden, ohne Verwilligung des **Nutzeigenthums**, blos geſtattet auf unſern Platz ein Haus zu bauen; ſo iſt das Recht, welches dieſer dadurch erlangt hat, kein jus ſuperficiei, ſondern eine Ser-

i) L. 1. §. 2. D. de ſuperfic.

k) z. B. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 43. Tit. 18. §. 55.

l) L. 74. D. de rei vind. L. 1. §. 2. D. de ſuperfic.

Servitut und zwar eine Art der ſervitutis oneris ferendi m).

Ferner gehört zu den remediis *retinendae* poſſeſſionis, deren ſich ein Eigenthümer, nach Beſchaffenheit der Umſtände, bedienen kan

IV) das *interdictum de novi operis nunciatione*,

V) das interdictum *quod vi aut clam*; von welchen beiden ebenfalls bereits oben (§. 175. u. ſ. f.) gehandelt worden.

Zu den remediis *recuperandae* poſſeſſionis gehören:

I) das interdictum *vnde vi*. Dieſes kömmt einem Eigenthümer, auch nach bereits angeſtellter Reivindication zu ſtatten. Man nehme an, daß ſeine Sache ihm mit Gewalt, oder ſonſt auf unrechtmäßige Art aus dem Beſitz entriſſen worden iſt, daß er es aber verſieht und gegen den Beſitzer die Eigenthumesklage anſtellt. Hier kan er, wenn er ſein Verſehen inne wird und ihm der Beweis des Eigenthums zu ſchwer fällt, jene Klage fallen laſſen und dieſes Interdict anſtellen n).

II) Die Spolienklage (§. 213. u. ſ. f.);

III) das interdictum *frandatorium* (§. 206); wovon gleich umſtändlicher.

Von
dem Interdicto fraudatorio.

§. 454. — 456.

Der Grund dieſes Rechtsmittels iſt eine offenbare, von einem Schuldner zum Nachtheil ſeines Gläu-

m) L. 86. §. 4. D. de legatis I.

n) L. 18. §. 1. D. de vi et vi armata.

Gläubigers, betrüglicherweiſe unternommene Veräußerung. Wegen einer ſolchen aus offenbaren betrügeriſchen Abſichten geſchehenen Alienation hat der verletzte Gläubiger wider den Beſitzer der veräußerten Sache, ein *Interdictum recuperandae poſſeſſionis* o), mittelſt deſſen er von ihm die Wiederabtretung des Beſitzes, mit allem was zur Sache gehört, fordern kan p) und dieſes iſt das gegenwärtige *Interdictum fraudatorium*. Es findet aber, wie gedacht, dieſes Rechtsmittel nur dann Statt, wenn es offenbar iſt, daß die Veräußerung aus betrügeriſchen Abſichten geſchehen; denn wenn dieſes nicht ſeyn ſollte, muß petitoriſch mit der Paulianiſchen Klage die Zurückforderung der Sache ſelbſt, mit dem verlohrnen Rechte, geſucht werden. Es können ſich aber die Gläubiger des interdicti fraudatorii zu ihrem Vortheil bedienen, wenn ſie geſchwind zu dem Beſitz der veräußerten Sache gelangen wollen. Darauf haben ſie allen Bedacht zu nehmen, damit bey einer Verzögerung der Beſitzer die Sache unterdeſſen nicht wieder veräußere, und nachhero ihnen den Werth derſelben zu erſetzen, unvermögend werde.

§. 457.

Das Geſuch geht dahin: **dem Imploraten anzubefehlen, daß er den Beſitz der veräußerten Sache mit allem, was dazu gehört, an den Imploranten abtrete.** Hierbey kömmt es jedoch auf folgenden Unterſchied an. Der Beſitzer hat die Sache entweder umſonſt, oder nicht umſonſt er-

o) L. 10. pr. D. quae in fraud. creditor. *Weſtenberg* in D. Lib. 42. Tit. 8. §. 19.

p) L. 10. §. 49. ſq. L. 25. §. 4. 6. D. quae in fraud. creditor.

erhalten. Im erſten Fall haftet er ohne Unterſchied, er mag in bona oder mala fide ſeyn, weil er ohne ſeinen eigenen Nachtheil den Imploranten entſchädigen kan q). Im zweyten Fall aber haftet er nur, wenn er in mala fide geweſen iſt, und zwar blos inſoweit, als er etwa durch den Erwerb der Sache reicher geworden.

§. 458.

Einreden ſind:

1) **Es ſey keine offenbar nachtheilige Veräußerung geſchehen.**

2) **Implorat beſitze die veräußerte Sache nicht.** Hierauf kan jedoch Implorant **repliciren:** derſelbe habe aus Gefährde zu beſitzen aufgehört, und müſſe mithin als ein erdichteter Beſitzer für allen Schaden haften. Denn hat der Schuldner einiges ſo verſchleudert, daß an keine Reſtitution zu gedenken iſt, ſo geht das Interdict gegen den Schuldner ſelbſt auf deſſen Beſtrafung (§. 449).

3) **Implorat habe um den Betrug des Schuldners nicht gewußt.** Eine **Replik** hierauf aber iſt: daß Implorat die Sache umſonſt erhalten habe, mithin auf jeden Fall, wenn die Sache noch bey ihm vorhanden, oder er ſich dadurch reicher befinde, haften müſſe (§. 456).

4) **Implorat habe an dem Betruge keinen Antheil genommen.** — **Replik:** Er ſey doch mit des Imploranten Schaden durch die Veräußerung reicher geworden.

q) L. 6. §. 11. D. quae in fraud. credit.

5) Die Unzulänglichkeit des Vermögens rühre nicht von der eigenen Schuldenlaſt des verſtorbenen Schuldners, ſondern von der Schuldenlaſt ſeines Erben her. Der Sinn dieſer Einrede iſt der: der verſtorbene Schuldner habe durch die in Frage ſeyende Veräußerung dem Imploranten nicht geſchadet, weil er noch ſo viel Vermögen hinterlaſſen, daß die Schulden hätten getilgt werden können. Deſſen Erbe habe die Unzulänglichkeit des Vermögens verurſacht. Es möchten ſich alſo Imploranten an dieſen halten halten, nicht aber an Imploraten.

6) Die Verjährung. Dieſes Interdict wird nach Verlauf eines Jahres verjährt, welches von der Zeit der geſchehenen Veräußerung ſeinen Anfang nimmt.

II. Von den der Dienſtbarkeiten oder Gerechtigkeiten wegen, Statt findenden Klagen.

§. 459.

Ein Dienſtbarkeitsrecht, eine Servitut (*jus ſervitutis*) iſt nach den römiſchen Geſetzen, ein **dingliches Recht**, auf eines Andern Sache, vermöge deſſen derſelbe zum Beſten einer Perſon, oder Sache, auf dieſer Sache entweder etwas leiden muß, oder etwas nicht thun darf r). Die Dienſtbarkeitsrechte werden nach Verſchie-

r) *G. F. Winter* diſſ. de ſervitutum tum acquiſitione tum retentione, tum amiſſione per partes. Helmſt. 1791.

ſchiedenheit des Subjects, dem ſolche zuſtehen, und des Nutzens, den man aus der Sache des Andern zieht, verſchiedentlich eingetheilt, wie ſchon in den Inſtitutionen vorkömmt, daher dieſe Eintheilungen hier billig übergangen werden.

Wenn von einem Streite in Anſehung einer Servitut die Rede iſt, ſo iſt der Streitpunkt entweder der, daß wir erſt eine Servitut auf Jemandes Sache erlangen wollen; oder dies iſt der Fall nicht. Iſt das Erſte, ſo findet eine perſönliche Klage in zweyen Fällen Statt.

1) Wenn uns Jemand mittelſt eines Vertrags zwar ein Dienſtbarkeitsrecht zu geſtatten verſprochen, man ſolches aber durch Quaſitradition noch nicht würklich überkommen hat. Z. B. ich habe Jemanden den Nießbrauch ſeines Hauſes abgekauft; als ich aber daſſelbe beziehen und durch die Ausübung des Nießbrauchs dieſen würklich erlangen will, widerſetzt er ſich. Hier findet keine Dienſtbarkeitsklage wider ihn Statt, ſondern nur eine perſönliche; nämlich die actio emti ad concedendum vſumfructum venditum, ſeu ad quaſi tradendam ſervitutem. Dieſe Klage kan, weil ſie eine perſönliche iſt, nicht wider einen Dritten angeſtellt werden, wenn der Promittent, nachdem er das Verſprechen gethan, an ſelbigen die Sache veräußert hat, woran er vorher einem Andern ein Dienſtbarkeitsrecht verſprochen. Z. B. wenn er das mir zum Nießbrauch zu überlaſſen verſprochene Haus verkauft hat. Hier muß

1791. *H. Cp. Gleditsch* diſſ. de differentiis juris romani et germanici, inprimis Saxonici, in materia de rerum ſervitute. Lipſ. 1794.

muß man mit eben der perſönlichen Klage den Promittenten auf die Leiſtung des Intereſſe belangen.

2) Wenn uns ein Anderer ein Dienſtbarkeitsrecht zu überlaſſen, zwar nicht verſprochen hat, aber doch unmittelbar nach den Geſetzen verbunden iſt, ſolches gegen eine Vergütung zu bewerkſtelligen. Hier iſt es eine actio perſonalis *dativa*, welche mittelſt einer bloßen Imploration des richterlichen Amts angebracht werden kan. Z. B. man kan von ſeiner Sache anderergeſtalt keinen Nutzen haben, wenn uns ein Anderer nicht eine gewiſſe Dienſtbarkeit verwilliget. Ich kan zu meinem Weinberge nicht kommen, wenn mir mein Nachbar nicht durch den ſeinigen den Durchgang verſtattet. Dieſen muß er mir gegen eine Vergütung verwilligen s). Etwas beſonders iſt es, daß dieſe perſönliche Klage, wider die ſonſtige Natur der perſönlichen Klagen, in langer Zeit, d. i. in zehn Jahren unter den Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter den Abweſenden, verjährt wird t). Der Grund hiervon iſt, weil ſchon ſelbſt das jus reale, oder die Dienſtbarkeit, binnen dieſer Zeit erlöſcht.

Iſt hingegen das der Streitpunkt nicht, daß wir erſt eine Servitut auf Jemandes Sache erlangen wollen; ſo bezieht ſich der Streit entweder auf eine noch vorhanden ſeyn ſollende, oder auf eine zu Ende gegangene Servitut. Von dem letztern Fall wird im §. 481. gehandelt. Im erſtern Fall kan nun der Streit

s) *Wernher* P. V. obſ. 57. *Leyſer* Sp. 109. med. 9. *Io. Flor. Rivinus* diſſ. de ſervitute neceſſaria, Lipſ. 1734.

t) L. pen. §. 1. C. de vſufr. L. 13. C. de ſervit. *Wernher* VIII. P. obſ. 344.

Streit ſowohl den Beſitz, als das Recht betreffen. Ein Streit über das letztere, läßt ſich aber wieder auf doppelte Art denken. Bald kan er die Zuſtändigkeit einer Servitut ſelbſt, bald nur gewiſſe Rechte in Anſehung derſelben, ohne daß die Exiſtenz der Servitut ſelbſt in Zweifel gezogen wird, betreffen. Z. B. wenn Jemand die Dienſtbarkeit weiter auszudehnen ſucht, als ſie ihm verwilliget worden; als: er treibt mehr Vieh auf die Weide, als er berechtigt iſt; oder er weidet nicht zur ausgemachten Zeit, ſondern zu einer andern Zeit. Dies bringt zwar keinen Verluſt des Dienſtbarkeitsrechts hervor; allein der Eigenthümer des dienenden Guthes kan ſich in einem ſolchen Fall wider ihn einer bloßen Imploration bedienen, daß er ſich die Dienſtbarkeit nicht weiter anmaaßen ſolle, als ausgemacht wäre. Eine ſolche Imploration kan auch gebraucht werden, wenn von einer zu beſtellenden Caution die Rede iſt. Dahin gehört die cautio vſufructuaria. Wenn nämlich Jemanden der Nießbrauch zuſtändig iſt, ſo iſt er unmittelbar nach den Geſetzen verbunden, dem proprietario wegen der dereinſt wiederzugebenden Sache Caution zu machen, welche die cautio vſufructuaria ſ. fructuaria genannt wird v). Wenn nun der proprietarius dem vſufructuario die Sache, wovon dieſer den Nießbrauch erlangt hat, bereits gegeben haben ſollte; ſo kan er die Caution durch eine Imploration des richterlichen Amts fordern x). Sollte aber

v) L. 1. pr. D. vſuefructus quemadmod. pet.

x) L. 5. §. 1. D. de uſufructu ear. rer. L. 7. pr. Vſusfruct. quemadm. caveat. In dieſem letztern Geſetz wird zwar von einer ordentlichen Klage geredet; allein heut zu Tage iſt ſchon eine bloße Imploration hinreichend.

aber dem uſufructuario die Sache noch nicht überantwortet ſeyn, ſo braucht der proprietarius nicht zu klagen; er hat nicht nöthig dem uſufructuario die Sache eher in den Nießbrauch zu geben, bis er die Caution beſtellt hat y).

§. 460.

Sollte nun aber über die **Zuſtändigkeit** eines Dienſtbarkeitsrechts ſelbſt, Streit entſtanden ſeyn; ſo kömmt es darauf an, ob man ein ſolches Recht auf des **Andern** Sache zu haben, behauptet; oder ob man ein dergleichen Recht, welches Jemand auf **unſerer** Sache zu haben, vorgiebt, demſelben nicht zugeſtehen will. Im **erſten** Fall muß man actionem *confeſſoriam*; im **letztern** aber actionem *negatoriam* anſtellen wovon jede ſowohl *directa*, als *utilis* iſt, wie ſich aus dem Folgenden ergeben wird.

Von der actione confeſſoria directa.

§. 461.

Der **Grund** dieſer Klage iſt die Behauptung, daß uns ein gewiſſes Dienſtbarkeitsrecht zuſtehe und daß wir in deſſen Ausübung beunruhiget werden. Die Gattung der Servitut muß im Klagſchrei-

y) L. 13. pr. D. eod. L. 6. pr. §. 1. D. Vt. in poſſ. legator. ſerv. cauſa.

ſchreiben genau ausgedrückt werden. Uebrigens iſt es gleichviel, ob uns das Dienſtbarkeitsrecht auf der Sache desjenigen, gegen welchen geklagt wird, oder auf eines Andern Sache z) zuſtehe. Z. B. ich habe die Triftgerechtigkeit auf den Wieſen des Cajus, und ich werde darinne nicht von dieſem, ſondern vom Titius beunruhiget, indem dieſer dabey, daß mir die Triftgerechtigkeit nicht zuſtehe, intereſſirt zu ſeyn vorgiebt, weil er z. B. des Cajus Pachter iſt. — Dieſes Dienſtbarkeitsrecht muß der Kläger erweiſen a), ob er ſich gleich im Quaſibeſitz deſſelben befinden ſollte b), denn die Vermuthung der Freyheit, welche für den Beklagten ſtreitet, iſt ſtärker, als die Vermuthung des gerechten Beſitzes, womit ſich der Kläger ſchützen will, weil man die Freyheit von Natur hat, der gerechte Beſitz hingegen erſt durch beſondere facta erworben wird c). — Der Beweis aber iſt auf den Erwerb zu richten, wodurch man zur Servitut gelangt iſt d). Weil nun einer, der im Beſitz des Dienſtbarkeitsrechts iſt, deſſen ungeachtet das Dienſtbarkeitsrecht erweiſen muß, ſo handelt er klug, wenn er, um dieſen Beweis wenigſtens **einſtweilen** e) zu vermeiden, nicht dieſe Petitorienklage, ſondern eine Poſſeſſorienklage, nämlich ein

z) L. 10. §. 1. D. ſi ſervit. vindic.

a) L. 9. C. de ſervitut.

b) arg. L. 6. §. 1. D. Si ſervit. vindic.

c) *Boehmer* de actionibus Sect. II. Cap. 2. §. 36.

d) Siehe Joh. Ludw. Schmidt's Inſtitut. jur. civ. §. 859 — 861. und *Paelike* de actionib. Sect. II. Cap. 2. §. 9 — 13.

e) Denn ſtellt jener nachher die Negatorienklage wider ihn an, ſo kan er den Beweis des Befugniſſes nicht vermeiden.

ein Interdictum retinendae poſſeſſionis anſtellt. Denn da braucht er nur ſeinen Quaſibeſitz zu beſcheinigen, und wenn er dies gethan hat, muß ſein Gegner, wenn er die Dienſtbarkeit nicht dulden will, die Negatorienklage wider ihn anſtellen. Allenfalls kan man mit der Poſſeſſorienklage die Petitorienklage cumuliren f).

Das factum *turbativum*, oder die Handlung, wodurch man von ſeinem Gegner in der Ausübung des Dienſtbarkeitsrechts behindert wird, muß ebenfalls genau beſchrieben werden. Man muß nämlich anzeigen, wer uns beunruhiget hat, ingleichen wie und wenn es geſchehen, damit ſich daraus abnehmen laſſe, daß man gänzlich, oder wenigſtens zum Theil in der Ausübung der Dienſtbarkeit verhindert werde.

Uebrigens findet dieſe Klage wegen einer jeden Art der Dienſtbarkeit Statt, ſowohl wegen einer **perſönlichen**, als **dinglichen**, und letztere mag eine ſervitus *vrbana*, oder *ruſtica* ſeyn. Wird ſie beſonders wegen des Nießbrauches angeſtellt, ſo heiſt ſie vſusfructus *petitio* g), vſusfructus *vindicatio* h), auch vſusfructus *perſecutio* i).

§. 462.

Eigentlich kan nur derjenige dieſe Klage anſtellen, welchem die Dienſtbarkeit für ſeine **Perſon** — wenn es nämlich ein **perſönliches** Dienſtbarkeitsrecht iſt — oder deſſen **Sache** — wenn es ein **dingliches** Dienſtbarkeitsrecht iſt — zuſteht, er mag übrigens, wenn

von

f) *Schilter.*, exerc. 18. §. 44.

g) L. 16. C. de uſufr.

von einer der letztern Art die Rede iſt, das Gut in Beſitz haben, oder nicht; denn wenn er auch das Gut nicht beſitzen ſollte, ſo kan ihm doch daſſelbe zugehören. Z. B. er hat ſolches Jemanden zum Nießbrauche überlaſſen. So kan er aber auch im entgegengeſetzten Fall, wenn er ſich im Quaſibeſitz des Dienſtbarkeitsrechts befindet, dennoch dieſe Klage anſtellen k); denn hierinne weicht ſolche von den andern dinglichen Klagen ab (§. 422). — Sollte das Gut oder Grundſtück mehreren zuſtändig ſeyn, ſo iſt jeder von den Theilhabern dieſe Klage anzuſtellen berechtiget l), und wenn er den Proceß gewinnt, ſo kömmt ſolches auch den übrigen zu Statten, obgleich der Kläger nicht mehr erlangt, als ſein Intereſſe beträgt m).

Eigentlich kan, wie geſagt, nur ein ſolcher dieſe Klage anſtellen, deſſen Perſon oder Sache, die Servitut zuſteht. Wenn indeſſen die Dienſtbarkeit eine dingliche iſt, ſo kan auch ein **Nutzeigenthümer** des Guts (dominus vtilis), als: ein emphyteuticarius, ſuperficiarius, ein Vaſall, ſich dieſer Klage bedienen; ingleichen ein **Pfandgläubiger**: denn dadurch, daß ein Gut die auf ſelbigem haftenden Gerechtigkeiten behält, hat es einen größern Werth, und gewährt alſo auch dem Pfandgläubiger wegen ſeiner Forderung noch größere Sicherheit. — Ein gleiches iſt von einem ſolchen zu ſagen, welcher das Gut nur aus einem **perſönlichen** Dienſtbarkeitsrechte inne hat,

h) L. 34. §. 1. D. de uſufr.

i) L. 17. §. 2. D. eod.

k) §. 2. I. de actionibus.

l) Nam cauſſa ſervitutum eſt individua.

m) L. 4. §. 3. D. Si ſervit. vindic.

hat, wie z. E. ein Vſufructuarius. Man nehme an, es ſteht mir der Nießbrauch an dem Gute des Cajus zu, und dieſes Gut hat die Weidegerechtigkeit auf einer Wieſe des Titius. Hier entſteht die Frage: ob ein bloßer Uſufructuar, wenn er in der Ausübung eines ſolchen Weiderechts beunruhiget wird, die Confeſſorienklage anſtellen könne, oder ob ihm nicht vielmehr Cajus, als Eigenthümer des herrſchenden Gutes, darinne vorgehe? Wenn jener ſelbſt von letzterm in der Ausübung der Weidegerechtigkeit gehindert werden ſollte, ſo muß er ſein Nießbrauchsrecht directe wider ihn perſequiren. — Beunruhigt ſelbigen aber ein Fremder, als Titius, der Herr des dienenden Guts, der Wieſe; ſo hat er die Wahl, ob er in ſeinem Nahmen, den Nießbrauch geradezu wider dieſen Fremden perſequiren, mithin die Confeſſorienklage anſtellen, oder ob er Nahmens des Cajus, als Proprietars, die ſeinem Gute zuſtändige Weidegerechtigkeit vindiciren will. Erſteres iſt ihm deshalb unverwehrt, weil die Confeſſorienklage wider einen jeden Turbanten Statt findet, ob er gleich nicht Herr des dienenden Grundſtücks ſeyn ſollte (§. 463). Im letztern Fall bedarf es auch keiner beſondern Vollmacht. Denn da Cajus, als Proprietar, den Nießbrauch ſeines Guts verwilligt hat, ſo hat er hierdurch in der That ſelbſt auch das Recht gegeben, dieſe Gerechtigkeit bey dem Gute zu erhalten n).

Außerdem kan auch derjenige, welchem an der mit dem Dienſtbarkeitsrecht begabten Sache gar kein dingliches

n) L. vn. C. Si per vim. *Boehmer* de actionib. Sect. II. Cap. 2. §. 37.

liches Recht zuſteht, wenn ihm nur ſonſt an Erhaltung der Dienſtbarkeit beſonders gelegen iſt, ſich dieſer Klage nützlich bedienen. Z. B. ein Pachter o), ingleichen derjenige, welcher in Gefahr ſtehen muß, daß, wenn der Beklagte die auf ſeinem Grundſtücke haftende Dienſtbarkeit nicht ferner dultet, ſelbige zu des Klägers Schaden, auf deſſen Grundſtück verlegt wird. Z. B. die Nachbarn des Dorfes A, haben das Recht, über meines Nachbars Acker zu fahren. Mein Nachbar verſperrt aber den Weg und dieſes giebt Gelegenheit, daß die Bauern über meinen angränzenden Acker zu fahren ſich unterfangen. Hier habe ich zwiſchen zwey Klagen die Wahl. Ich kan wider die Bauern die Negatorienklage anſtellen; ich kann mich aber auch wider meinen Nachbar der gegenwärtigen Confeſſorienklage bedienen. Thue ich jedoch das letztere, ſo muß ich die Klage mit einer doppelten Urſache begründen: **theils** mit dem den Nachbarn des Dorfs A zuſtändigen Dienſtbarkeitsrechte; **theils** mit meinem dabey habenden Intereſſe, daß dieſes Dienſtbarkeitsrecht erhalten werde, z. B. damit die Dienſtbarkeit nicht auf meinen Acker verlegt werde. Dieſes Intereſſe muß mich zur Sache legitimiren.

§. 463.

Der **Beklagte** iſt derjenige, welcher dem Kläger in der **Ausübung** der Servitut hinderlich iſt und ſie ihm nicht zugeſtehen will, ob er gleich die **Zuſtändig**keit

o) Jedoch muß dieſer nächſt ſeinem Intereſſe eine Bevollmächtigung von dem Verpachter beybringen, mithin zugleich Nahmens des Letztern klagen.

keit derſelben nicht in Abrede ſtellen ſollte p). Dieſes Hinderniß mag übrigens vom Eigenthümer des dienenden Grundſtücks, oder von einem Andern, der zwar das dienende Grundſtück nicht für ſich beſitzt, jedoch dabey intereſſirt iſt, daß die Servitut nicht vorhanden wäre q) gelegt werden. Die Art und Weiſe, wie Kläger in Ausübung des Dienſtbarkeitsrechts gehindert werde, hat derſelbe, wie gedacht (§. 461.), in der Klage mit anzuführen, und im Leugnungsfall zu erweiſen, bey dieſem Beweiſe ſich aber in Acht zu nehmen, daß er kein anderes factum turbativum darthue, als deſſen ausdrücklich in der Klage gedacht worden. Denn er hat dasjenige, was er in der Klage angeführt, nicht aber das, worauf er ſich nachhero bezogen hat, zu beweiſen; ſonſt wird der Beklagte von der Klage entbunden.

§. 464.

Das Geſuch geht dahin: zu erkennen, daß Klägern, oder der und der Sache die libellirte Servitut oder Gerechtigkeit zuſtehe, mithin Beklagter nicht nur Klägern dabey ruhig zu laſſen, ſondern auch, daß er denſelben führohin nicht weiter beunruhigen wolle, Caution zu beſtellen verbunden. Der Kläger darf nicht bitten: der Richter ſolle ihm erſt die Gerechtigkeit, zuſprechen r): dies wäre

p) L. 4. §. 5. D. Si ſeruit. vindic., wo es heißt: Si quis mihi itineris, vel actus, vel via controverſiam non facit, ſed reficere, ſternere non patiatur; Pomponius libro eodem ſcribit, confeſſoria actione mihi vtendum.

q) L. 10, §. 1. D. eod.

r) L. 8. §. 4. D. Si ſervit. vindic.

re keine dingliche, ſondern eine perſönliche Klage, pro conſequendo jure ſervitutis (§. 459.). — Die Caution wegen der nicht fernern Beunruhigung wird durch ein bloßes Verſprechen geleiſtet, und gewährt faſt gar keinen Nutzen. Daher pflegt darauf ſelten noch erkannt, ſondern dem Beklagten fernere Beunruhigungen bey nahmhafter Strafe unterſagt zu werden; z. B. daß Beklagter ſich aller fernern Turbation bey 10 (20) Thalern Strafe zu enthalten ſchuldig.

Sind dem Kläger durch den Beklagten auch Nutzungen entzogen, oder Schäden zugefügt worden, ſo kan der Kläger zugleich die Vergütung beyder fordern s). Z. B. es iſt dem Kläger der Nießbrauch von einem gewiſſen Hauſe vermacht worden, und der Erbe hat ſich widerrechtlich geweigert, ihm das Haus abzutreten: da kan jener verlangen, daß ihm der Nutzen, der ihm durch des Erben verweigerte Abtretung entgangen, ſo wie der ſonſt erlittene Schade von dem letztern vergütet werde t).

§. 465.

Gegenwärtiger Klage können hauptſächlich folgende Einreden entgegengeſetzt werden:

1) Die geklagte Dienſtbarkeit ſey noch nicht errichtet. Hier findet, wie oben vorgekommen (§. 459.), noch keine dingliche Klage Statt, ſondern der Rich-

s) L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. D. eod. L. 5. §. 3. 7. D. Si vſus. fruct. pet.

t) *Boehmer* de action. Sect. II. Cap. 2. §. 35.

Richter muß erſt mittelſt einer perſönlichen Klage, dergleichen zu errichten, angegangen werden.

2) Sie ſey von einem verwilliget worden, welcher kein Recht dazu gehabt. Zum Beyſpiel: ihrer zwey beſitzen ein Haus gemeinſchaftlich, und der eine davon hat, ohne des Andern Wiſſen, dem Hauſe eine Servitut aufgebürdet. Dazu hatte er allein kein Recht u).

3) Klägern ſtehe die libellirte Servitut nicht zu. Hier muß der Kläger die Zuſtändigkeit derſelben beweiſen, ob er gleich im Beſitz derſelben ſeyn ſollte.

4) Derſelbe habe an der Sache, worauf die in Frage ſeyende Dienſtbarkeit haften ſolle, **kein dingliches Recht**. Dieſe Einrede iſt eine von den wichtigſten, und hier muß der Kläger ſein dingliches Recht zuvörderſt beſcheinigen, ob er gleich im Beſitz des herrſchenden Grundſtücks ſich befinden ſollte. Dies gehört zur Legitimation zur Sache. Denn aus dem bloßen Beſitz folgt nicht, daß er eben aus einem dinglichen Rechte, z. B. eigenthümlich, beſitze, ſondern der Beklagte muß geſichert ſeyn, daß er nicht in der Folge mit einem Andern aufs neue einen Proceß bekomme, und dieſer nicht etwa ſage: der Proceß, den du vorher geführt haſt, geht mich nichts an — eſt res inter alios acta — der vorige Kläger hatte gar kein Recht an dem Gute x). — Irrig iſt es daher, wenn manche Rechtslehrer y) dafürhalten, daß der Kläger ſein dingliches Recht nicht zu beweiſen brauche, wenn

u) L. 2. D. de ſervitut.

x) *Carrach* ad *Boehmerum* de act. I. c. §. 36. not. g.

y) Z. B. *Wernher* p. IV. obſ. 223. und *Boehmer* l. c.

wenn er im Beſitz des herrſchenden Guts wäre. Ein natürlicher Beſitz iſt zur Begründung dieſer Klage nicht hinreichend, ſondern es muß ein Civilbeſitz ſeyn, oder der Kläger ſonſt ein Intereſſe haben. — Weil jedoch der Punkt wegen des dinglichen Rechts hier nur nebenher vorkömmt, indem ſelbiger per modum exceptionis rege gemacht wird, ſo braucht auch das dingliche Recht nicht förmlich erwieſen, ſondern wie gedacht, nur beſcheiniget zu werden. Man braucht nur bonae ſidei poſſeſſionem, ſo wie bey der Publicianiſchen Klage, darzuthun, daß man nämlich das Gut juſto titulo in Beſitz erhalten z).

5) **Kläger habe zu klagen kein gegründetes Intereſſe** (§. 462).

6) **Er habe von der geklagten Servitut ganz und gar keinen Nutzen.** Die Dienſtbarkeiten werden wegen eines, von des Andern Sache zu ziehenden Nutzens errichtet. Iſt alſo ein ſolcher Nutzen nicht erweißlich, ſo iſt auch die Dienſtbarkeit vergebens. Z. B. ich habe Jemanden für ſeine Perſon die ſervitutem proſpectus in meinen Garten verwilliget; er wird aber blind; da kan ich auch den Proſpect nunmehr verbauen.

7) **Die Servitut ſey wieder erloſchen.** Z. B. durch die Verjährung, durch Conſolidation u. ſ. w. Ob aber durch den bloßen **Nichtgebrauch** ein Dienſtbarkeitsrecht verlohren gehe, wenn ich nämlich **gegenwärtig** war und ſolches binnen zehn Jahren, und **abweſend** innerhalb zwanzig Jahren nicht ausge-

z) *Wernher* P. IX obſ. 33. 34. *Leyſer* Sp. 109. Med. 3.

geübt habe — oder ob nicht noch überdies *vſucapio libertatis* hinzukommen, das heiſt, von dem Herrn des dienenden Gutes ein factum ſervituti contrarium unternommen worden ſeyn, und der Eigenthümer des herrſchenden Guts ſich dabey beruhiget haben müſſe? — Dieſes iſt unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Einige machen einen Unterſchied zwiſchen ſervitutibus praediorum *vrbanorum*, und zwiſchen ſervitutibus praediorum *ruſticorum*. Andre unterſcheiden zwiſchen ſervitutibus *ſimplicibus*, d. i. ſolchen, welche zu ihrer Ausübung kein opus manufactum erfordern; und zwiſchen ſervitutibus *qualificatis*, welche dergleichen erfordern. — Allein beyde Diſtinctionen ſind unnütz, denn nach dem neuern römiſchen Recht a) geht keine einzige Servitut, ſie ſey vrbana oder ruſtica, ſimplex oder qualificata, durch den **bloßen** Nichtgebrauch verlohren, ſondern es muß vielmehr vſucapio libertatis hinzugekommen ſeyn, das heiſt, der Herr des dienenden Gutes muß durch eine der Ausübung der Servitut zuwiderlaufende Handlung zu erkennen gegeben haben, daß er die Servitut für die Zukunft nicht mehr dulden wolle b). — Daß aber die Servitut erloſchen ſey, hat der Beklagte zu beweiſen, ſie mag auf dieſe, oder jene Art erloſchen ſeyn.

8) Die Einrede der **Gefährde** (exceptio doli mali). Dieſe kan vorgeſchützt werden, wenn der Klä-

a) L. 16. C. de vſufr. L. 13. C. de ſervitut. et aqua.

b) Dieſe Meinung nehmen an: *Pufendorf* in obſervat. jur. vniu. Tom. III. obſ. 188. *Rave* de praeſcriptione; §. 109. *Ramdohr* diſſ. de toto jure per partialem vſum ſervato, §. 22 und Höpfner im Commentar über Heineccii Inſtitutionen §. 368.

Kläger die Dienſtbarkeit ſich länger anmaßen will, als ſie ihm verwilliget worden.

9) **Des nicht erfüllten Verſprechens.** Wenn er z. B. alljährlich für die Verwilligung der Servitut etwas zu entrichten verſprochen hat und dieſes nicht thut.

10) **Der fehlerhaften Verjährung**, wodurch er die Dienſtbarkeit erlangt zu haben vorgiebt. Als: er hat ſich ſelbige heimlich, bittweiſe, oder mit Gewalt angemaßet. Oder es iſt die Verjährung unterbrochen worden.

11) Des **ungültigen Teſtaments**, worinne Klägern die Dienſtbarkeit, z. B. der Niesbrauch, vermacht worden.

12) **Das Recht des Verwilligers habe aufgehört.** War das Recht deſſelben ein **unwiderrufliches**, ſo hört darum das verwilligte Dienſtbarkeitsrecht nicht auf, denn es iſt ein dingliches Recht. War es hingegen ein **widerrufliches**, ſo hört die von ihm verwilligte Dienſtbarkeit nur dann auf, wenn ſein Recht ex tunc reſolvirt worden, keinesweges aber, wenn die Reſolution *ex nunc* geſchehen. Nur in jenem, nicht aber in dieſem Fall tritt die Regel ein: reſoluto jure concedentis reſoluitur jus accipientis c).

6) **Kläger habe ſich der Servitut begeben** d).

Hingegen kan nicht zur Einrede gebraucht werden: **daß Beklagter das Grundſtück von aller Dienſtbarkeit frey erkauft habe.** Denn da-

c) Höpfner im angeführten Buche, §. 289. 379.

d) *Hellfeld* jurisprud. for. §. 688.

dadurch hat der Verkäufer dem Kläger ſeine auf dem Grundſtücke haftende Gerechtigkeit nicht entziehen können, und hierdurch hat die Dienſtbarkeit kein Ende genommen. Res tranſit cum ſuo onere in quemvis poſſeſſorem. Beklagter muß ſich dieſerhalb perſönlich an ſeinen Verkäufer halten.

Von der actione negatoria directa.

§. 466.

Dieſe Klage, welche die Geſetze auch *negativam* e) und *contrariam* f) nennen, wird angeſtellt, wenn unſere Sache frey iſt, gleichwohl aber ein Anderer ſich eine Dienſtbarkeit darauf anmaaßet, und wir ſolche nicht dulden wollen. Ihr Grund iſt alſo theils die Verneinung der Dienſtbarkeit, welche ſich der Beklagte anmaaßet, theils deſſen Beunruhigung in der natürlichen Freyheit.

Was 1) die Verneinung der Dienſtbarkeit anlangt, ſo hat der Kläger in Anſehung derſelben weiter nichts in der Klage zu gedenken, als: daß der Beklagte ſich die Dienſtbarkeit widerrechtlich anmaaße. Jede Einmiſchung von Thatſachen iſt für ihn gefährlich, denn er hat ſolche zu beweiſen. Z. B. wenn er anführen wollte, daß er ſich ſeit 30, 40 und mehreren Jahren, ja ſeit undenklichen Zeiten im Beſitz der

e) §. 3. I. de actionib. L. 5. pr. D. Si vſusfruct. pet.

f) L. 8. pr. D. Si ſervit. vindic.

der Freyheit befinde g). Hierdurch würde er zu erkennen geben, daß er die Freyheit nicht von Natur habe. Denn der Beſitz der Freyheit wird nur durch ein factum erlangt; folglich müßte er darthun, durch welches factum er zum Beſitz der Freyheit gelangt ſey. Ingleichen wenn er behaupten wollte, daß Beklagter ſich die Dienſtbarkeit **heimlich**, oder **mit Gewalt**, oder **bittweiſe** angemaaßt habe h). Dies müßte er auch beweiſen. Wenn er hingegen nur **überhaupt** der **widerrechtlichen Anmaaßung** des Beklagten gedenkt, ſo braucht er dieſerhalb nichts darzuthun; denn da iſt ſolches nur eine Folge der Verneinung der Dienſtbarkeit i). Dahin gehören die Ausdrücke: es habe Beklagter die Servitut ſich **zur Ungebühr** — **unbefugterweiſe** — **minder denn mit Recht** — **widerrechtlich** — angemaaßt. Ferner gehört zu den Einmiſchungen, wodurch ſich Kläger den Beweis ohne Noth ſelbſt aufbürdet, das Anführen: **daß das Grundſtück zwar ehemals gedient habe, die Dienſtbarkeit aber nachher wieder erloſchen ſey.** Denn da muß das factum dargethan werden, wodurch die Dienſtbarkeit wieder erloſchen iſt, weil man von Etwas, was einmal da iſt, daß es noch exiſtire, ſo lange vermuthen muß, bis der Andere zeigt, daß es aufgehört habe k). Eben ſo wenig iſt es wohl ge-

g) *Wernher* P. IV. obſ. 184. c. ſupplem. Struben in den rechtl. Bed. 1. Th. Num. 28.

h) *Carpzov* Lib I. reſp. 68. *Struve* in jurisprud. for. Lib. II. Tit. 6. §. 5.

i) *Berger* deciſ. 76. 333. *Horn* cl. VI. reſp. 6.

k) *Berger* in oecon. jur. Lib. II. Tit. 3 §. 22. not. 8.

gethan, wenn ſich der Klager auf ein Recht, auf ein Verſprechen, bezieht l).

Außer dem, daß der Kläger dem Beklagten die angemaaßte Dienſtbarkeit verneine, hat er aber auch

2) anzuführen, daß er von demſelben in der **natürlichen Freyheit** beunruhiget werde. Das factum turbativum muß er, wenn ſolches geleugnet wird, beweiſen, und wenn er dieſes nicht kan, wird der Beklagte von der Klage entbunden m).

Es hat alſo einer, der negatorie klagen will, dreyerley in der Klage anzuführen.

1) Die **Verneinung** der Dienſtbarkeit,

2) die **Vermuthung** der **natürlichen Freyheit**,

3) die **Beunruhigung** in der letztern.

Mithin entſpringt die Negatorienklage nicht aus einem dinglichen Rechte, **aus** dem **Rechte der Dienſtbarkeit**; ſie findet vielmehr **wider** die Dienſtbarkeit Statt, welche ſich der Beklagte anmaaßet. Sie entſpringt hingegen aus der **natürlichen Freyheit**, weil die Geſetze vermuthen, daß eine Sache von aller Dienſtbarkeit frey ſey, und letztere giebt nur Gelegenheit dazu; man ſucht ſich durch ſolche in der natürlichen Freyheit, gegen des Andern Beunruhigung zu erhalten. Eben deswegen muß darinne auch auf die natürliche Freyheit ſich bezogen werden. Z. B. **Wenn nun vermöge der nach den Rechten zu vermuthenden natürlichen Freyheit, mein Haus mit keiner Dienſtbarkeit beſchweret iſt** u. ſ. w. — Eine blo-

l) *Schwendendoerfer* in act. for. Cap. II. membr. 2. Sect. 1. art. 2. §. 18.

m) *Hommel* rhapſod. obſ. 177.

bloße Verneinung kan keinen Grund einer Klage angeben; denn ſonſt würde man damit einem Jeden ſein Recht entziehen können, indem man ſolches nur für ihm **nicht zuſtändig**, zu erklären brauchte. Dies geht alsdenn um ſo weniger an, wenn der Andere im Beſitz davon ſeyn ſollte, weil jeder Beſitzer die Rechtsregel für ſich hat: qui poſſidet, juſte poſſidere praeſumitur. Daher iſt zur Verneinung ein rechtlicher Grund erforderlich, und dieſer iſt hier die Vermuthung der natürlichen Freyheit.

Es kan übrigens die Verneinung der Dienſtbarkeit nicht nur **gänzlich** geſchehen, wenn man nämlich ganz und gar leugnet, daß dem Beklagten die Dienſtbarkeit zuſtehe — z. B. ich leugne ihm die Weidegerechtigkeit auf meinen Wieſen gänzlich — ſondern auch **zum Theil**, wenn man nur leugnet, daß dem Beklagten die Dienſtbarkeit ſo zuſtehe, wie er ſich ſolche anmaaßet. Z. B. er ſucht die Dienſtbarkeit weiter auszudehnen. Ich habe ihm nur 50 Stück Schaafe auf meine Wieſe zur Weide zu treiben verſtattet; er weidet aber mit 100 Stücken. Im **erſten** Fall iſt es die actio negatoria *abſoluta*: im **zweyten** die actio negatoria *reſpectiva*.

§. 467.

Der **Kläger** iſt eigentlich der Herr derjenigen Sache, welcher leugnet, daß ſolche mit der Servitut beſchwert ſey, die ſich ein Anderer anmaaßet; ſein Eigenthum ſey übrigens ein vollkommenes, oder ein **unvollkommenes**, d. i. ein bloßes Nutzeigenthum n) — Da-

n) Dies iſt der Grund, warum dieſe Klage auch einem ſuperficiario, einem emphyteuticario u. ſ. w. zuſteht, er ſey im Beſitz der Sache, oder nicht.

Dadurch daß die Dienſtbarkeit geleugnet wird, bekömmt indeſſen der Bekagte keinen Beſitz zugeſtanden. Denn daraus, daß ich ihm die Dienſtbarkeit leugne, folgt nicht, daß ich ihm den Beſitz des Gutes einräume; ein anders iſt das Recht; ein anders der Beſitz. Nur ſoviel iſt wahr, daß der Beklagte bey meinem Leugnen im Beſitz ſeyn, und nicht ſeyn kan. Z. B. es maaßt ſich Jemand auf meiner Wieſe das Weiderecht an, und übt es einmal aus; ſobald ich es aber erfahre, pfände ich ihm einige Hammel ab. Hier habe ich ihn zu keinem Beſitz gelaſſen, und um mich gegen ſeine fernern Beunruhigungen ſicher zu ſtellen, klage ich gegen ihn negatorie. Dieſe Klage findet wider ihn Statt, ob er ſich gleich in keinem Beſitze befindet o). Daher iſt es auch nicht nöthig, in der Klage anzuführen, daß Kläger die Sache beſitze. Man ſchweigt davon ſtille, um dem Beklagten nicht zu vergeblichen Einreden Gelegenheit zu geben. Indeſſen hat doch der Kläger, wenn er im Beſitz des Gutes iſt, den Vortheil, daß, wenn der Beklagte leugnet, daß ihm das Gut zugehöre, er nur zu zeigen braucht, daß er es juſto titulo erlangt habe (§. 470). — Ferner iſt dem Kläger die Vorſicht zu empfehlen, daß er in der Klage nicht ſage: die Sache ſtehe ihm eigenthümlich zu. Er braucht blos anzuführen, daß ihm die Sache, worauf der Andere ſich die Servitut anmaaßt, zugehöre. Hiervon hat er den Vortheil, daß er, wenn der Beklagte leugnet, daß ihm die Sache zugehöre, nur bonae fidei poſſeſſionem darzuthun nöthig hat; denn, es kan ja Etwas auch aus einem bloßen dominio putativo das unſrige ſeyn p).

Ei-

o) *Hopp* ad verba: *Ei vero, qui poſſidet*, §. 2. I. de actionib.

p) *Wernher* P. VI. obſ. 454.

Eigentlich kan, wie geſagt, nur der **Eigenthümer** der Sache, auf welche ein Anderer ſich ein Dienſtbarkeitsrecht anmaaßet, die Negatorienklage anſtellen. Allein in gewiſſen Fällen kan ſich deren auch ein **Nichteigenthümer** nützlicherweiſe bedienen, und zwar:

1) wenn das Gut, worauf ſich ein Anderer eine Dienſtbarkeit anmaaßet, ihm **mehr** als dieſem zugehört. Eben ſo wie bey der Publicianiſchen Klage, da der Kläger dem Beklagten vorgehet, weil er mehr Recht, als dieſer, die Sache zu beſitzen, für ſich hat.

2) Wenn er ein beſonderes Intereſſe dabey hat, daß die Dienſtbarkeit nicht vorhanden ſey. Wenn mir z. B. auf den Feldern eines Andern die Huth und Trift **allein** zuſtehet, und ein Dritter ſich auf ſelbigen die **Mithuth** anmaaßt, ſo habe ich ein Recht, ihn auszuſchließen und deshalb die Negatorienklage gegen ihn anzuſtellen. — Hierher gehört auch ein **Pfandgläubiger**, der das Gut nur **pfandweiſe** inne hat. Auch dieſer kan die Negatorienklage anſtellen, damit der Werth des Guts, wegen der darauf gebrachten Dienſtbarkeit nicht vermindert werde. — Ferner derjenige, welcher das Gut aus einer **perſönlichen** Dienſtbarkeit inne hat, z. B. ein vſufructuarius (§. 462), damit ſein Nießbrauch durch die Dienſtbarkeit, welche ſich der Beklagte anmaaßet, nicht geſchwächt werde. — Ingleichen auch der **Pachter** eines Guts, Nahmens des Verpachters, damit das Gut durch die ſelbigem auferlegte Dienſtbarkeit nicht verſchlimmert und ihm ſelbſt der Nutzen nicht verringert werde.

§. 468.

Der **Beklagte** iſt derjenige, welcher behauptet, daß ihm oder ſeiner Sache die in Frage ſeyende Servi-

tut zuſtehe, und eben dadurch den Kläger in der natürlichen Freyheit beunruhiget. Dieſer muß nun das vorgebliche Dienſtbarkeitsrecht beweiſen, ob er gleich im Quaſibeſitz deſſelben ſich befinden ſollte, weil die Vermuthung der natürlicheu Freyheit ſtärker iſt, als die Vermuthung des gerechten Beſitzes. Der Quaſibeſitz des Dienſtbarkeitsrechts bewürkt nur ſoviel, daß er in poſſeſſorio geſchützt werden muß: allein in petitorio, dergleichen die angeſtellte Negatorienklage iſt, muß er das Dienſtbarkeitsrecht, welches er zu haben vorgiebt, beweiſen; in ſolchem werden die Beſitzhandlungen, weshalb er in poſſeſſorio geſchützt worden, als Beunruhigungen der natürlichen Freyheit angeſehen q).

§. 469.

Das Geſuch geht dahin: zu erkennen, daß das libellirte Guth von der quäſtionirten Dienſtbarkeit frey, mithin Beklagter von aller fernern Beunruhigung abzuſtehen, deshalb auch hinreichende Caution zu beſtellen ſchuldig ſey. Es muß alſo genau auf diejenige Dienſtbarkeit, wovon dermalen die Rede iſt, gerichtet werden. **Z. B. bitte zu erkennen, daß Klägers Acker mit**

q) *Stryck* de actionib. Sect. II. Membr. 4. §. 4. *Boehmer* de actionib. Sect. II Cap. 2. §. 41. *Carpzov* Lib. I. Tit. 7. reſp. 67. n. 5. ſq. *Struve* in Synt. jur. civ. Lib. VIII. Tit. 5. §. 44. *Wernher* P. I. obſ. 339 P. III. obſ. 168. *Berger* oecon. jur. Lib. II. Tit. 3. §. 22. not. 8. *Pufendorf* in obſerv. jur. vniu. Tom. I. obſ. 37. *Hellfeld* in jurisprud for. §. 687. Man ſehe jedoch Struben in den rechtl. Bed. I. Th. Num. 28.

mit gar keiner Dienbarkeit des Fußſteigs beſchwert ſey. Worüber nicht geſtritten wird, das gehört nicht in die Klage, und alſo auch nicht ins Geſuch. Daher faßt die Bitte: zu erkennen, daß das Gut mit gar keiner Dienſtbarkeit beſchwert ſey, zuviel in ſich, indem ja vielleicht andre Leute eine Dienſtbarkeit darauf haben können. — Wird die Klage von einem, der zwar nicht Eigenthümer der Sache iſt, der aber ein beſonderes Intereſſe hat (§. 467), angeſtellt, ſo wird gebeten: zu erkennen, daß Beklagtem die quäſtionirte Servitut nicht zuſtehe.

Statt der Caution iſt es auch bey dieſer Klage weit beſſer, zu bitten, daß dem Beklagten alle fernere Turbation bey nahmhafter Strafe — z. B. bey 10, 20 Thalern Strafe — unterſagt werden möge.

Es kan auch auf die Wiederherſtellung der Sache in den vorigen Stand, geklagt werden. Z. B. wenn der Beklagte durch das Fahren über die Wieſe, ſolche verdorben hat. Ingleichen auf die Reſtitution aller durch Ausübung der Dienſtbarkeit erhobenen Nutzungen, welche Kläger ſelbſt hätte erheben können r); nicht weniger auf die Erſetzung des zugefügten Schadens.

Zuweilen kan auch mit der Negatorienklage die Confeſſorienklage vereinigt werden s).

Ein-

r) L. 4. §. 2. D. Si ſervit. vindic. L. 5. §. 7. D. Si Vſusfruct. petat.

s) Dies iſt der Fall alsdenn, wenn Jemand ein uns allein zuſtehendes Dienſtbarkeitsrecht nicht nur leugnet, ſondern auch

Einreden ſind:

1) **Kläger ſey von dem Guthe nicht Eigenthümer.** Wenn dieſe Einrede vorgeſchützt worden, muß der Kläger zuvörderſt ſein Eigenthum darthun t). Weil indeſſen die quaeſtio dominii hier nur incidenter vorkömmt, und blos zur **Legitimation zur Sache** gehört; ſo braucht ſolches nur beſcheiniget und blos bonae fidei poſſeſſio dargethan zu werden (§. 467) v). Bonae fidei poſſeſſio wird vermuthet, wenn der Kläger zeigt, daß er die Sache juſto titulo erlangt habe. Nun bewürkt er dieſes **entweder, oder nicht.** Im **erſten** Fall wird dem Beklagten der Beweis ſeiner gerühmten Gerechtigkeit auferlegt. Im **zweyten** Fall hingegen wird der Beklagte von der Klage entbunden, ob ihm gleich kein Dienſtbarkeitsrecht zuſtehen ſollte x). Denn in dieſem Fall hat der Kläger kein gegründetes Intereſſe, dem Beklagten das Dienſtbarkeitsrecht zu leugnen. — Sollte der Richter auf beydes zugleich erkannt haben, daß er nämlich dem **Kläger** die **Beybringung des Eigenthums** und dem **Beklagten** den **Beweis des Dienſtbarkeitsrechts** auferlegt hätte y), und Kläger

auch zu deſſen Schmälerung ſich ein Mitdienſtbarkeitsrecht anmaaßet. Ein Formular hiervon ſehe man in J. L. Schmidt's hinterlaſſenen Abhandlungen verſchiedener praktiſchen Rechtsmaterien, II. Band, Nr. LXXVIII.

t) L. 5. pr. D. Si uſusfruct. petat.

v) *Wernher* P. IV. obſ. 223.

x) L. 5. pr. D, Si vſusfr. pet.

y) Die Erkenntnißformel ſehe man bey Hommel, im deutſchen Flavius, S. 520. Num. IV.

ger hätte das Eigenthum nicht beſcheiniget, ſo muß der Beklagte ebenfalls von der Klage entbunden werden, ob er gleich das gerühmte Dienſtbarkeitsrecht nicht bewieſen hätte z), weil die Beſcheinigung des Eigenthums ein Präjudicialpunkt iſt, und alſo, wenn ſie nicht geführt worden, wider den Beklagten von keiner Würkung ſeyn, vielweniger eine Condemnation gegen ſelbigen hervorbringen kan.

2) **Kläger habe kein beſonderes Intereſſe, die quäſtionirte Servitut zu verneinen.** Hier muß der Kläger dieſes ſein Intereſſe darthun und es treten hier eben die Grundſätze ein, welche in Anſehung der vorhergehenden Einrede angeführt worden.

3) **Die Sache ſey von der qu. Dienſtbarkeit nicht frey.** Hier muß der Beklagte, daß ihm, oder ſeiner Sache ſolche zuſtehe, beweiſen.

4) **Die Klage ſey nicht hinreichend begründet.** In einem ſolchen Fall muß ſie angebrachtermaaßen verworfen werden. Z. B. Beklagter iſt im Beſitz der Durchgangsgerechtigkeit ſeines Erblaſſers ſo lange geſchützt worden, bis Kläger in petitorio — durch die Negatorienklage — ein Anders, und ſein Vorgeben, daß dieſe Servitut mit des Beklagten Erblaſſers Tode erloſchen ſey, beygebracht haben würde. Kläger ſtellt darauf die Negatorienklage an und begründet ſolche blos, unter Beziehung auf die natürliche Freyheit, mit einer Verneinung der Durchgangsgerechtigkeit. Das geht unter dieſen Umſtänden nicht an. Er hätte, dem rechtskräftigen Erkenntniß gemäß, auch

z) *Wernher* P. II. obſ. 419. n. 3.

auch mit anführen ſollen, daß die qu. Servitut mit des Beklagtens Erblaſſers Tode erloſchen ſey.

5) **Die Servitut ſey nothwendig.** — Beklagter könne ohne ſolche ſein Grundſtück nicht benutzen (§. 459).

6) **Beklagter thue weiter nichts, als daß er ſich ſeines Rechts bediene.** Z. B. ich mache in meiner an des Nachbars Garten ſtoßenden Mauer, ein Fenſter, um auf meinem Gange Licht zu haben; der Nachbar aber ſtellt deshalb die Negatorienklage wider mich an. Hier kan ich ihm dieſe Einrede entgegenſetzen. Wider ſolche kan aber als **Replik** gebraucht werden: daß **Beklagter von dem, was er vorgenommen, gar keinen Nutzen habe, ſondern es Klägern lediglich zum Verdruß** (exaemulatione) **thue.**

7) **Er habe Klägern in der natürlichen Freyheit nicht beunruhiget.**

8) **Die Servitut ſey durch Verjährung erworben worden.** Nach dem gemeinen Recht wird eine Dienſtbarkeit in **langer Zeit**, d. h. in 10 Jahren, wenn der Eigenthümer des dienſtbaren Guths **gegenwärtig** iſt, und in 20 Jahren, wenn er abweſend war, präſcribirt, ohne Rückſicht auf die Eigenſchaft derſelben; ſie mag eine **bejahende**, oder eine **verneinende**, eine ſervitus *continua*, oder *discontinua* ſeyn. Nur iſt freylich vorauszuſetzen, daß der Präſcribent einen rechtmäßigen Titel für ſich habe und auch in bona fide ſey. Ohne letztern kan er die Servitut nicht verjähren, und mangelt ihm der erſte, ſo findet zwar nicht die Verjährung in langer Zeit, doch aber die dreyßigjährige Statt. Es ſind zwar verſchiedene Rechtslehrer der Meinung, daß derjenige, wel-

 cher

cher eine Servitut zehen Jahre lang gegen den Eigenthümer mit deſſen Wiſſen, und ohne daß er widerſprochen, ausgeübt hat, dadurch dieſelbe erlangt habe, wenn er auch weder einen gerechten Titel für ſich habe, noch in bona fide ſey a). Sie berufen ſich deshalb auf den L. 10. pr. D. Si ſervit. vindic. Aber es läßt ſich dieſe Meinung aus dem angezogenen Geſetz nicht beweiſen, denn es heiſt nur darinne, daß ein ſolcher geſchützt werden ſolle; es wird aber nicht geſagt, daß er die Servitut dadurch allein erworben habe b).

Nach **Sächſiſchem Recht** werden zur Verjährung der Dienſtbarkeiten 30 Jahre und überdies noch **Jahr und Tag**, d. i. 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage erfordert c).

Die Einrede **der Verjährung** kan aber durch die **Replik: daß die** *praeſcriptio longi temporis* **mangelhaft** ſey, zernichtet werden. Als: es fehlt 1) bona fides d), weil Kläger ſich die Dienſtbarkeit heimlich, bittweiſe, oder mit Gewalt angemaaßt hat; oder 2) juſtus titulus. Hier kan, wie gedacht, die Verjährung in langer Zeit nicht Statt finden.

9)

a) *Pufendorf* Tom. I. obſ. 32. *Struve* exerc. 3. th. 38. *Berger* in reſol. LL. obſtant. Lib. VII. Tit. I. qu. 2.

b) *Leyſer* Sp. 110. Med. 4. *Wernher* P. III. obſ. 73. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. VIII. Tit. 1. th. 14. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 629. not x). Höpfner im Commentar §. 352.

c) Sächſ. Landrecht. 1. B. Art. 29. und die Gloſſe dazu. *Carpzov* P. II. Conſt. 4. def. 8. *Stryck* V. M. Lib. VIII. Tit. I. §. 7.

d) L. 27. D. de uſurpat. et vſucap. *Wernher* P. III. obſ. 73.

9) Es ſey Beklagtem die Servitut bereits durch eine rechtskräftige Sentenz zugeſprochen worden.

10) Er habe ſolche in einem zu Recht beſtändigen letzten Willen legirt bekommen.

11) Kläger müſſe ſolche vermöge Stadtrechts oder Stadtgewohnheit dulden.

12) Kläger habe an Beklagtem ein Spolium begangen. Wegen dieſer braucht der Beklagte ſich nicht eher auf die Negatorienklage einzulaſſen, bis ihm die ſpoliirte Sache reſtituirt worden. Daher hat der Kläger die Vorſicht zu gebrauchen, daß, wenn der Beklagte im Beſitz des Dienſtbarkeitsrechts iſt, er ihn nicht pfände, denn da iſt das Pfänden ein Spolium, weil es in einer unrechtmäßigen Entziehung des Beſitzes der gepfändeten Sache beſteht e).

Unerheblich hingegen iſt die Einrede: daß Beklagter ſich im Beſitz des Dienſtbarkeitsrechts befinde. Denn er muß deſſen ungeachtet, daß er ſolches auf gültige Art erlangt habe, erweiſen (§. 468) f).

Von
der actione confeſſoria vtili.

§. 471.

Die Römer hatten den Grundſatz, eine Servitut könne nicht in faciendo, ſondern blos darinne beſtehen, daß

e) *Barth* in hodeget. for. Cap. 1. §. 64.

f) *Herrmann* de action. forenſ. Lib. II. Cap. 2. §. 40. ſqq. pag 291. *Stryck* de action. forenſ. Sect. II. Membr. 4. §. 4.

daß der Eigenthümer des dienenden Gutes etwas **leiden**, oder **unterlaſſen** müſſe g). Hatte ſich daher Jemand verpflichtet, zum Nutzen eines Grundſtücks etwas zu **thun**, z. B. alle Jahre von ſeinem Landguthe, dem Landguthe des Cajus ſo und ſoviel Getraide zu präſtiren — dies betrachteten ſie nicht als eine Servitut. Ein ſolches Verſprechen verpflichtete blos den, welcher es gethan hatte und ſeine Erben; den künftigen Beſitzern ſeines Guthes aber, die nicht ſeine Erben ſind, konnte er dadurch keine Verbindlichkeit auflegen, auch alle Jahre das Nämliche zu präſtiren h): daher fand in einem ſolchen Falle auch keine Confeſſorienklage Statt. — Bey uns, in Deutſchland, verhält es ſich anders. Wenn der Beſitzer eines Grundſtücks, wegen dieſes Grundſtücks, zum Beſten eines Andern etwas thun muß, z. B. des Nachbars Felder mit ſeinen Schaafen bepfürchen, u. dergl., ſo nennen wir dies eine Servitut. Die ſogenanneen **Bann-** oder **Zwangsrechte** (*jura bannaria*), dergleichen es bey uns viele giebt, ſind gewiſſermaaßen auch als ſervitutes in faciendo conſiſtentes anzuſehen. Wir haben z. B. Zwangsmühlen, Zwangsbrauhäuſer, Zwangsbackhäuſer, worin die Einwohner eines gewiſſen Orts ihr Getraide mahlen, ihr Bier brauen, ihr Brod backen müſſen. Wir wenden daher die römiſche Confeſſorienklage vtiliter nicht nur auf ſolche deutſche Dienſtbarkeitsrechte, ſondern auch überhaupt alsdenn an, wenn wir ein **beſonderes ausſchließliches Recht** (*jus ſingulare, privativum*) zu haben behaupten, das

g) L. 15. §. 1. D. de ſervitut. worinn es heißt: Servitutum non ea natura eſt, vt aliquid faciat quis, ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat.

h) L. 81. §. 1. D. de contrah. emt. vendit.

das heißt ein ſolches, welches von der natürlichen Freyheit, oder dem gemeinen Rechte, oder einem gleichen Rechte, abweicht. — Wer alſo die natürliche Freyheit, oder das gemeine Recht, oder ein gleiches Recht für ſich hat, der braucht nicht vtiliter confeſſoriſch zu klagen, denn er verlangt nichts Singuläres, wohl aber derjenige, welcher ſich Rechte zueignen will, welche von einem dieſer drey Stücke abweichen. Beyſpiele werden die Sache erläutern.

1) So iſt es z. B. in der natürlichen Freyheit gegründet, daß jeder für ſich in ſeine eigene Haushaltung Bier brauen kan. Wenn aber die Brauergeſellſchaft an einem Orte ſolches nicht leiden will, ſondern verlangt, daß Einer ſein benöthigtes Bier ihr abkaufen ſoll, ſo muß ſie confeſſoriſch klagen, denn ſie behauptet ein beſonderes Recht. So iſt es ferner natürliche Freyheit, in einer Mühle zu mahlen, in welcher man will. Verlangt aber ein Müller, daß die Bauern eines gewiſſen Dorfs in ſeiner Mühle mahlen ſollen, ſo muß er confeſſoriſch klagen.

2) Es iſt gemeinen Rechtens, daß jeder Beſitzer von Grundſtücken, ſolche verſteuern muß. Geſetzt nun, es behauptet ein Grundſtücksbeſitzer die Immunität von Steuerabgaben zu haben, dieſe wird ihm aber geleugnet, ſo muß er actionem confeſſoriam vtilem anſtellen. — Jngleichen iſt es gemeinen Rechtens, daß, wer nicht in eine Zunft als Meiſter aufgenommen worden iſt, auch die Rechte der Zunft nicht ausüben darf. Glaubt er es, des Widerſpruchs der Zunft ungeachtet, gleichwohl thun zu dürfen ſo muß er gegenwärtige Klage gegen jene anſtellen, denn er behauptet ein beſonderes Recht.

3) Gleichen Rechtens iſt es, daß ein Dorf-nachbar, gleich ſeinen Mitnachbarn, ſein Vieh mit auf die gemeine Weide führen darf. Will aber die Gemeinde ſolches von einem gewiſſen Dorf-Nachbar nicht leiden, weil ſie ſich auf eine Abweichung von einem gleichen Rechte beruft; ſo muß ſie deshalb confeſſoriſch klagen.

Uebrigens kan das beſondere Recht ein jus *affirmativum*, oder *negativum* ſeyn. Jenes beſteht in einem ſolchen Rechte, welches man ohne Ausſchließung Anderer auszuüben hat. Z. B. es hat Jemand Gerichtsbarkeit, doch haben dergleichen auch Andere. — Dieſes iſt ein ſolches, welches man mit Ausſchließung Anderer, allein auszuüben hat. Z. B. es hat Jemand das Privilegium, in einer Stadt Zeitungen ganz allein drucken zu dürfen. — Ferner kan es ſowohl einer Perſon zuſtehen (Ius ſingulare ſubjective *perſonale*), als auf einer Sache haften (jus ſingularc ſubjective *reale*).

§. 472.

Der Kläger iſt derjenige, welcher ein beſonderes Recht, es ſey nun wegen ſeiner Perſon, oder wegen ſeiner Sache, behauptet. Z. B. er behauptet, daß er im Dorfe eine Schäferey, mit Ausſchließung aller andern Einwohner, zu halten, allein befugt ſey: — oder, daß ihm die geiſtliche Gerichtsbarkeit über die in ſeiner Herrſchaft befindlichen geiſtlichen Perſonen und Güter zuſtehe: — oder ein Bauer, welcher in der Dorfgemeinde ein Haus beſitzet, giebt vor, daß er von den Gemeindelaſten, als: Frohnen, Wachen u. ſ. w., welche auf den Häuſern der Bauern haften, frey

frey ſey: oder, daß er das Recht habe, auf ſeinen Feldern zu jagen, ungeachtet in dem Lande die Jagdgerechtigkeit ein Regal des Fürſten iſt.

Uebrigens kömmt auf den Beſitz oder Nichtbeſitz des Klägers, nichts an, weil über das **Recht ſelbſt**, welches Kläger zu haben vorgiebt, geſtritten wird. — Doch hat der Kläger das beſondere Recht zu **erweiſen**, und zwar muß er darthun, daß ihm ſolches entweder vermöge eines **Privilegiums**, oder eines beſondern **Geſetzes** zuſtehe; oder daß er es durch einen **Vertrag** oder durch **Verjährung** erworben habe.

§. 473.

Der **Beklagte** iſt derjenige, welcher, wegen eines habenden Intereſſe, der Ausübung des beſondern Rechts Hinderniſſe ſetzt, oder gar die Zuſtändigkeit des beſondern Rechts leugnet, er mag ſich nun im Beſitz der Befreyung von der auf ſolches ſich beziehenden Verbindlichkeit befinden, oder nicht. Ein dergleichen Beſitz kömmt ihm nicht zu Statten und hilft ihm zu weiter nichts, als daß er dabey ſo lange geſchützt werden muß, bis ſein Gegner in petitorio ein Anders ausgeführt hat; das ſoll ja aber eben mittelſt gegenwärtiger Klage geſchehen.

§. 474.

Das **Geſuch** geht **überhaupt** dahin: zu erkennen, daß **Klägern das beſondere Recht zuſtehe, folglich Beklagter ihn darinne nicht weiter zu beunruhigen verbunden ſey.** — In je-

jedem einzelnen Fall aber muß es nach der Beſchaffenheit des beſondern Rechts, den Prämiſſen gemäß, beſtimmt ausgedrückt werden. Z. B. bitte zu erkennen: daß Kläger die Schäferey mit Ausſchließung der Beklagten im Dorfe zu halten, allein befugt und dabey geruhig zu laſſen, hingegen Beklagter ſich aller fernern Turbation bey 20 Thaler Strafe zu enthalten, und die ſich angemaaßte Schaafhaltung wieder abzuſtellen ſchuldig. — Oder: daß Kläger die qu. Frohnen vom Beklagten zu fordern, wohl befugt derowegen letzterer ihm ſolche unweigerlich zu leiſten und deshalb von aller Verhinderung bey 20 Thaler Strafe, abzuſtehen ſchuldig.

§. 475.

Es kan ſich aber der Beklagte mit folgenden Einreden zu ſchützen ſuchen:

1) Es ſtehe Klägern das libellirte Recht nicht zu. Hier hat es dieſer zu beweiſen.

2) Beklagter befinde ſich in einem rechtsverwährten Quaſibeſitz der Immunität von den auf das libellirte Recht ſich beziehenden Verbindlichkeiten. Dieſes hat der Beklagte zu beweiſen, und zwar hat er folgende Stücke darzuthun:

A) daß Kläger oder deſſen Vorfahren das Recht ausüben wollen. Z. B. Kläger oder deſſen Vorfahren hätten ihm, dem Beklagten, oder ſeinem Erblaſſer, Frohnen angeſonnen.

B)

B) Daß von ihm, oder ſeinem Erblaſſer der Ausübung widerſprochen und dem desfalſigen Anſinnen nicht gemäß gelebet worden. Z. E. daß er geſagt, er ſey die Frohnen zu leiſten nicht ſchuldig, und habe ſie auch würklich nicht geleiſtet.

C) Daß Kläger, oder deſſen Vorfahren ſich ſtillſchweigend dabey beruhiget, und zwar

4) dreyßig Jahre hindurch.

Alles dieſes muß zuſammen vorhanden ſeyn, und der Mangel eines einzigen Stücks giebt eine Replik ab. Z. E. daß Kläger bey dem geäußerten Widerſpruch des Beklagten ſich nicht beruhiget, ſondern auf ſeinem Rechte beſtanden habe.

Was ſonſt noch etwa für Einreden vorzuſchützen ſeyn möchten, dies iſt in jedem einzelnen Fall aus der Beſchaffenheit des beſondern Rechts, worüber geſtritten wird, abzunehmen.

Von
der actione negatoria vtili.

§. 476.

Die unmittelbar vorher abgehandelte Klage wird angeſtellt, wenn man ein beſonderes Recht zu haben behauptet, Jemand aber mir es leugnet und mich in deſſen Ausübung hindert: dieſe hingegen wenn man etwas thun will, das man vermöge der natürlichen Freyheit, oder nach gemeinen Rechten, oder vermöge eines gleichen Rechts, thun darf, ein Anderer

rer aber ſich ein ausſchließliches Recht anmaaßet und uns deswegen die Handlung nicht erlauben will.

So beruht es z. B. auf eines Jeden **natürlicher Freyheit**, ſeine Wieſe nach Gefallen zu düngen, mit Bäumen zu bepflanzen, oder Gräben darauf zu führen. — Wenn mir in einem Fluſſe, das Recht zu fiſchen zuſteht, ſo kan ich vermöge der natürlichen Freyheit, Sandbänke, um dem Waſſer einen freyern und raſchern Lauf zu verſchaffen, ausſchaufeln und den Kieß zur Befeſtigung meines Ufers gebrauchen. — Ein Müller hat nach der natürlichen Freyheit das Recht, ſeinen Mühlgraben zu erweitern und deſſen Ränder mit Bäumen zu bepflanzen. — Geſetzt nun, es werden uns von Andern Hinderniſſe in den Weg gelegt, dieſe nach der natürlichen Freyheit erlaubten Handlungen zu unternehmen; ſo muß man ſich gegenwärtiger Klage bedienen. — Es iſt ferner **gemeinen Rechtens**, daß Jemand, welcher bey einem Handwerke das Meiſterrecht gewonnen hat, ſolches auch frey und ungehindert treiben darf; ingleichen daß jeder, welcher ſteuerbare Grundſtücke beſitzt, davon Realabgaben entrichten muß. Will nun aber eine Zunft einen in ſolche aufgenommenen Meiſter in der Treibung ſeiner Profeſſion einſchränken; oder es will ſich ein Beſitzer ſteuerbarer Grundſtücke der Entrichtung der Realabgaben, unter dem Vorwande, daß er zu ſolcher nicht verbunden ſey, entziehen, ſo muß wider dieſen, und wider jene Zunft *actione negatoria vtili* geklagt werden. — Wenn Jemand ein Mitglied einer Brauergeſellſchaft iſt, ſo hat er zum Brauen ein **gleiches Recht**, wie die übrigen. Wollen ihn aber dieſe davon ausſchließen; ſo muß er actionem negatoriam vtilem anſtellen. **Gleiches Recht** haben ferner Mitglieder einer und derſelben Gemeinde, in Anſehung des Waſſerſchöpfens aus einem

Gemeindebrunnen, oder der Behütung der Gemeindetriften. Fiele es nun aber einem Gemeindemitgliede ein, ſich das Waſſerſchöpfen, oder die Behüthung der Gemeindetriften, allein, mit Ausſchluß der übrigen, anmaaßen zu wollen; ſo würde er, ſo wie im vorigen Beyſpiele, die Brauerſchaft, actione negatoria vtili, belangt werden müſſen.

Dieſe Klage muß alſo mit 3 Stücken begründet werden:

1) mit der **Verneinung** des beſondern Rechts, welches Beklagter zu haben vorgiebt;

2) mit der Beziehung auf die **natürliche Freyheit**, oder auf das **gemeine Recht**, oder auf ein **gleiches Recht**. Eins von dieſen drey Stücken muß der, welcher dieſe Klage mit glücklichem Erfolg anſtellen will, für ſich haben, weil ſich darauf ſein Intereſſe gründet. Steht ihm keins zur Seite, ſo findet auch die Klage nicht Statt.

3) Mit der **Beunruhigung**, daß nämlich Kläger vom Beklagten in der Ausübung der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen Rechts, oder eines gleichen Rechts verhindert werde.

§. 477.

Der **Kläger** iſt der, welcher, wegen eines habenden Intereſſe, leugnet, daß dem Beklagten das beſondere Recht, das er ſich anmaaßet, zuſtehe, und ſich zu dem Ende auf die natürliche Freyheit, oder auf das gemeine Recht, oder auf ein gleiches Recht beziehet. Ob er übrigens **mittelbar** oder **unmittelbar**

das

daben intereſſirt iſt, daß der Beklagte das beſondere Recht nicht habe, iſt gleichviel. Wenn z. B. der Müller eines Dorfs, welcher keinen Mühlenzwang hat, die Dorfeinwohner zwingen will, in ſeiner Mühle zu mahlen, dieſe aber nicht hinreichende Mittel, um einen Proceß mit ihm anzufangen, beſitzen, indeſſen aber gleichwohl gern die Freyheit, zu mahlen, wo ſie wollen, behalten möchten, beſonders in der Mühle des nächſtgelegenen Dorfs; ſo kan der Beſitzer dieſer benachbarten Mühle wider jenen die Negatorienklage anſtellen i).

§. 478.

Der **Beklagte** iſt der, welcher ein **beſonderes** Recht zu haben glaubt, und folglich leugnet, daß dem Kläger die natürliche Freyheit oder das gemeine Recht, oder ein gleiches Recht zur Seite ſtehe. Gleichwie nun bey der actione negatoria directa der Beklagte das **Dienſtbarkeitsrecht** beweiſen muß (§. 468); ſo muß er bey dieſer das **beſondere Recht** darthun, und davon befreyt ihn der Umſtand nicht, daß er ſich im Quaſibeſitz deſſelben befinden ſollte; denn in Anſehung der Würkung iſt die actio confeſſoria und negatoria *vtilis* von der *directa* nicht unterſchieden. Bey der gegenwärtigen Klage beruft ſich der Kläger auf die natürliche Freyheit, oder auf das gemeine, oder auf ein gleiches Recht. Keins von dieſen Stücken aber wird für aufgehoben geachtet, ſondern der Beklagte, der dies vorgiebt, muß es beweiſen k). — Vorſichtig han-

i) *Berger* in oecon. jur. Lib. II. Tit 3. §. 22. not. 5.

k) *Leyſer* Sp. 109. Med. 6.

handelt man indeſſen, wenn man, vorausgeſetzt, daß man im Beſitz, es ſey nun des beſondern Rechts oder der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen, oder eines gleichen Rechts, ſich befindet, keine von dieſen beyden Klagen anſtellt, ſondern ſich lieber eines remedii retinendae poſſeſſionis bedient (§. 461).

§. 479.

Das Geſuch bey dieſer Klage muß überhaupt dahin gerichtet werden: **daß dem Beklagten das beſondere Recht nicht zuſtehe, mithin derſelbe Klägern im Genuß der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen Rechts, oder eines gleichen Rechts ferner nicht zu hindern ſchuldig ſey.** Daher muß es in jedem Fall, nach Beſchaffenheit des beſondern Rechts, welches der Beklagte behauptet, den Prämiſſen der Klage gemäß, abgefaßt werden. Zum Beyſpiel: wenn mich nach dem Obigen (§. 476) Jemand hindern wollte meine Wieſe zu düngen, und mit Bäumen zu bepflanzen; ſo müßte ich bitten: zu erkennen, **daß Beklagter dem Kläger, ſeine Wieſen nach Gefallen zu düngen und mit Bäumen zu beſetzen, zu verwehren, nicht befugt, derowegen derſelbe ſich deſſen für die Zukunft bey zwanzig Thalern Strafe zu enthalten, nicht minder Klägern alle verurſachten Schäden und Unkoſten zu erſetzen ſchuldig.** Oder: wenn ein Dorfnachbar die übrigen von Behütung der Gemeindetriften ausſchließen will (§. 476) — **daß dem Beklagten, die libellirte Gemeindewieſe mit ſeinem Vieh allein zu behüten, kein Recht zuſtehe, ſondern derſelbe auch Klägern zur**

Weide auf dieſer Wieſe mit zuzulaſſen, und daran nicht zu verhindern ſchuldig.

§. 480.

Die hauptſächlichſten Einreden, die dem Beklagten zu Statten kommen, ſind folgende:

1) **Kläger könne ſich nicht auf die natürliche Freyheit beziehen.** Z. B. ein Bauer hat wegen der von ihm geforderten Spanndienſte, in deren Beſitz der Gutsherr geſchützt worden iſt, wider dieſen die Negatorienklage angeſtellt. Dieſe findet nicht Statt, weil der Bauer die Vermuthung der Dienſtpflichtigkeit wider ſich, nicht aber die Vermuthung der Freyheit für ſich hat. Er hätte vielmehr die Confeſſorienklage anſtellen, und ſelbige mit ſeiner Immunität von den Spanndienſten begründen ſollen 1). — Die Einſchränkung der natürlichen Freyheit, muß aber vom Beklagten bewieſen werden; er muß darthun, wodurch Klägers natürliche Freyheit aufgehoben worden ſey, denn dieſe wird vermuthet.

2) **Derſelbe habe das gemeine Recht nicht für ſich;**

auch

3) **kein gleiches Recht.**

4) **Beklagter behaupte kein beſonderes Recht, ſondern verlange blos, was gemeinen Rechtens ſey.** Wenn z. B. ein Guthsherr, weil er

1) *Stryck* de act. for. inveſtig. Sect. II. membr. 4. §. 5. ſqq. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. II. obſ. 33.

er von ſeinen Guthsunterthanen Frohndienſte gefordert hat, actione *negatoria* vtili belangt worden ſeyn ſollte, ſo kan er dieſe Einrede vorſchützen, denn es iſt gemeinen deutſchen Rechtens, daß die Bauern ihren Guthsherren Dienſte leiſten müſſen. Glauben ſie, hierzu nicht verbunden zu ſeyn, ſo haben ſie vielmehr actionem *confeſſoriam* vtilem anzuſtellen, denn hier behaupten ſie etwas Singuläres, und die Vermuthung ſtreitet wider ſie.

5) Die Verjährung von dreyßig Jahren.

§. 481.

Bisher iſt von den Petitorienklagen, welche Statt finden, wenn über eine noch vorhanden ſeyn ſollende Servitut Streit obwaltet (§. 459), gehandelt worden; es folgen nun diejenigen, von welchen, wenn ein Dienſtbarkeitsrecht zu Ende gegangen iſt, Gebrauch gemacht werden kan. Hier iſt zwiſchen Real- und Perſonalſervituten ein Unterſchied zu machen. Was jene anlangt, ſo kan ſich der Herr des dienenden Grundſtücks, theils mit der Einrede, daß die Dienſtbarkeit bereits geendiget, wider des Andern Anſprüche, theils wider deſſen Beunruhigungen mit eigenmächtiger Vertheidigung des Beſitzes der Freyheit, ſchützen. — In Anſehung der perſönlichen Dienſtbarkeiten aber, beſonders des Nießbrauchs, hat der Eigenthümer (Proprietär), um zu der ein Gegenſtand der Servitut geweſenen Sache, entweder in Natur, oder zu einer andern von gleicher Größe und Qualität, oder zu dem Werth derſelben wieder zu gelangen, nach Verſchiedenheit der Fälle, verſchiedene Klagen. Der Nießbrauch nämlich

lich, welchen ein Anderer von unſerer Sache hatte, war entweder ein **wahrer**, d. i. er hatte unverbrauchbare Sachen (res *non fungibiles*) zum Gegenſtande, oder ein **Quaſiuſusfructus**, d. i. er fand in Anſehung **verbrauchbarer** Sachen (res fungibiles) Statt. — Bey einem wahren Nießbrauche kan der Proprietar, wenn ſolcher geendigt iſt, die noch **in Natur vorhandene** Sache vindiciren, oder mit der Publicianiſcheu Klage zurückfordern, denn ſobald der Nießbrauch geendigt iſt, geſchieht eine Conſolidation; der Proprietar erhält nunmehr das völlige Eigenthum an der Sache und der Nießbrauch fällt ihm zu. — Iſt aber die Sache **nicht mehr in Natur** vorhanden, und es kan weder dergleichen, noch deren Werth vom vſufructuario wiedergegeben werden, ſo muß man ſich an die Caution halten, welche deshalb vorher beſtellt worden iſt. Iſt dieſe durch Pfand beſtellt worden, ſo hat der Proprietar actionem hypothecariam. Iſt ſie aber durch Bürgen gemacht worden, ſo fand wider die Bürgen, bey den Römern actio ex ſtipulatu, bey uns heut zu Tage aber findet actio fidejuſſoria Statt. Dieſe beyden Klagen können auch, ſo lange der Nießbrauch noch dauert, mehrmals angeſtellt werden, wenn der vſufructuarius die Sache nicht auf gehörige Art, als ihm obliegt, nutzen ſollte m). — Bey einem **uneigentlichen** oder **Quaſiuſusfructus** hingegen kan der Proprietar eine Sache von gleicher Größe und Qualität, oder wo dergleichen nicht mehr vorhanden iſt, deren Werth condictione ſine cauſſa wiederfordern, weil der vſufructuarius, nach geendigtem Nießbrauche, kein Recht mehr auf die Sache hat n). Z. B. wenn Jemand von einem Capital

m) L. 1. §. 5. 6. D. Vſufructuar. quemadmod. cav.

n) L. 5. §. 1. D. de vſufr. ear. rer. quae vſu conſum. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. VII. Tit. 9. §. 14.

tal den quaſuſumfructum welches ſeiner Ehefrau zuſtändig geweſen, gehabt hat, ſo kan die Frau nach deſſen Tode von den Erben deſſelben die Zurückzahlung dieſes Capitals verlangen.

§. 482. – 485.

Der Servituten wegen kan auch poſſeſſoriſch geklagt werden (§. 459), und zwar kommen demjenigen, welchem die Servitut zuſteht, nach Beſchaffenheit der Umſtände, ſowohl remedia *adipiſcendae*, als *retinendae* und *recuperandae* poſſeſſionis, zu Statten.

I) Zu den remediis *adipiſcendae poſſeſſionis* gehören folgende:

1) das *Interdictum de itinere, quo venditor vſus eſt.* Directe ſteht ſolches dem Käufer eines Grundſtücks zu, welches die Fußſteigsgerechtigkeit hat, und es geht dahin, daß ihm zum Quaſibeſitz derſelben verholfen werden möge, um ſolche eben ſo ausüben zu können, wie es ſein Verkäufer gethan hat. Denn obgleich dem Käufer das Grundſtück iſt übergeben worden und er zugleich die damit verknüpfte Fußſteigsgerechtigkeit mit überkommen hat, quia acceſſorium ſequitur ſuum principale; ſo hat er dadurch doch nicht den Quaſibeſitz dieſer Gerechtigkeit erhalten, ſondern dieſer wird erſt durch die Ausübung der Fußſteigsgerechtigkeit erworben, als welche die Quaſiapprehenſion ausmacht. Will ihn nun ſein Gegner zu dieſer Ausübung nicht laſſen, ſo muß er wider ihn dieſes Interdict anſtellen, um dadurch zu dem Quaſibeſitz zu gelangen. Nützlicherweiſe (vtiliter) kan dieſes Interdict aber auch auf andere Realdienſtbarkeiten angewendet werden.

2) Das *Interdictum de tabulis exhibendis.* Dies kömmt demjenigen zu Statten, welchem in einem letzten Willen ein Dienſtbarkeitsrecht vermacht worden iſt, um ſolchen zu ſeiner Nachricht einzuſehen. Weitläuftiger wird von dieſem Rechtsmittel erſt unten (§. 524. u. ff.) gehandelt.

3) Das *Remedium vtile ex L. fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo.* Wenn Jemanden in einem ſchriftlichen mit keinem ſichtbaren Fehler behafteten Teſtamente ein Dienſtbarkeitsrecht vermacht worden iſt, ſo kan er mittelſt dieſes Rechtsmittels bitten, ihm zum Quaſibeſitz des Dienſtbarkeitsrechts zu verhelfen. Auch von dieſem wird erſt unten (§. 597) ausführlich gehandelt.

II) Zu den remediis *retinendae poſſeſſionis* gehören, außer dem poſſeſſorio ſummariiſſimo, folgende Interdicte:

1) das Interdictum: *Vti poſſidetis vtile.* Dies iſt im L. 8. §. 5. fin. D. Si ſervit. vindic. ausdrücklich auf die Dienſtbarkeiten erſtreckt worden. Seiner Natur nach kömmt es mit dem poſſeſſorio ordinario überein, und begreift folgende Interdicte als Gattungen unter ſich:

A) *de itinere actuque privato.* Dieſes ſteht demjenigen zu, welcher in dieſem Jahre, von der Zeit da geklagt wird, zurückgerechnet, wenigſtens 30 Tage hindurch o), auf keine von ſeinem Gegner, oder deſſen Vorfahren fehlerhafte Art, d. i. weder heimlich, noch mit Gewalt, noch bittweiſe, die Fußſteigs, oder Ue-

o) L. 1. 2. D. de itinere actuque priv.

Uebertriebs- oder Fahrwegs- Gerechtigkeit) ſervitus itineris, actus, viae), wegen des für ſich beſeſſenen Grundſtücks p) ausgeübt hat, damit er wider die Beunruhigungen ſeines Gegners, im Quaſibeſitz einer dergleichen Gerechtigkeit geſchützt werden möge q).

Bey dieſem Interdict kömmt es alſo gar nicht auf das Recht an, welches dem Imploranten zuſtehet, ſondern auf ſothanen Quaſibeſitz r); daher iſt es vortheilhafter, als die actio confeſſoria s). Es kan ſich deſſen auch der Erbe, ingleichen ein Käufer bedienen, ob er gleich noch nicht ſelbſt zum Beſitz durch eigne Ausübung des Dienſtbarkeitsrechts gelangt iſt. Genug, daß ſein Vorfahr wenigſtens 30 Tage hindurch vor angeſtellter Klage ſich im Beſitz befunden hat, denn es braucht der Kläger nicht in dem dermaligen gegenwärtigen Beſitz zu ſeyn.

Mit dieſem Interdict iſt das *Interdictum de non impedienda refectione* verbunden t), deſſen ſich derjenige, welcher in dieſem Jahre eine von den gedachten drey Dienſtbarkeiten ausgeübt hat, wider denjenigen bedienen kan, welcher ihn an der Beſſerung des wandelbar gewordenen Weges hindert. Hierbey muß er aber außerdem, daß er in dem Jahre die Dienſtbarkeit ausgeübt habe, auch das Recht, den Weg beſſern zu dürfen, beſcheinigen, wenn ihm ſein Gegner ſolches leugnet, wodurch er denn per indirectum genöthiget

wird,

p) L. 3. §. 4. ſqq. D. eod.

q) L. 1. pr. D. eod.

r) L. 1. §. 2. D. eod.

s) L. 2. §. fin. D. Si ſervit. vindic.

t) L. 3. §. 11. ſq. D. de itin. actuque priv.

wird, das Dienſtbarkeitsrecht zu beſcheinigen, denn nur dieſes giebt ihm ein Recht, zur Beſſerung des Weges v).

B) *de aquae ductu.* Dies ſteht überhaupt demjenigen zu, welcher verhindert wird, durch eines Andern Grund und Boden, zum Beſten ſeines Grundſtücks, Waſſer zu leiten, wenn er auf keine fehlerhafte Art ſich im Quaſibeſitz befindet. Untergattungen davon ſind folgende Interdicte:

1) *de aqua quotidiana. Aqua quotidiana* bedeutet Waſſer, das man ableiten kan, wenn man will, es ſey im Sommer, oder im Winter. Alſo nicht Waſſer, das täglich abgeleitet wird, denn es kan ſich zutragen, daß einer nicht Gelegenheit hat, ſolches zu dieſer oder jener Zeit abzuleiten. Genug, daß er ſolches täglich abzuleiten berechtigt iſt, wenn er es thun will x). Zum Quaſibeſitz iſt ſchon eine einzige Beſitzhandlung hinreichend, daß man nämlich an einem Tage, oder in einer Nacht in dem Jahre auf keine fehlerhafte Art das Waſſer geleitet habe y). Denn aus den Waſſergräben entſteht die ſtärkſte Vermuthung für das Vorhandenſeyn dieſer Dienſtbarkeit.

2) *de aqua aeſtiva.* Dies bedeutet ſolches Waſſer, deſſen man ſich nur im Sommer zu bedienen pflegt z). Unter dem Sommer aber werden die 6 Monate, vom ae-

v) L. 3. §. 13. D. eod. *Boehmer* de action. Sect. II. Cap. 4. §. 19. 20.

x) L. 1. §. 2. *D.* de aqua quotid.

y) L. 1. §. 4. 10. D. eod.

z) L. 1. §. 3. D. de aqua aeſtiva.

aequinoctio im Frühlinge, bis auf das aequinoctium im Herbſt verſtanden a). Hier iſt zum Quaſibeſitz nöthig, daß man noch im vorigen Sommer (priori aeſtate) d. i. welcher vor dem letztern Winter vorhergegangen, das Waſſer geleitet habe b). Vtiliter kömmt jedoch einem dieſes Interdict zu Statten, wenn man in dieſem Sommer das Waſſer geleitet hat c); ingleichen, wenn man das Waſſer nicht den Sommer, ſondern nur den Winter über zu leiten gewohnt geweſen d).

3) *de aqua ex caſtello. Aqua ex caſtello*, oder *aqua caſtellana*, iſt Röhrwaſſer, das man aus einem öffentlichen Waſſerbehältniß leitet e). Die caſtella, oder öffentlichen Waſſerbehältniſſe, gehörten bey den Römern zu den Werken der Imperatoren: daher durfte auch Niemand Waſſer daraus ableiten, als dem der Imperator ſolches verwilligte. Es mußte alſo bey dieſem Interdict zweyerley beſcheiniget werden: 1) daß man bisher das Waſſer geleitet, und 2) daß der Imperator ſolches geſtattet habe f). Es war alſo ein interdictum mixtum, weil dabey zugleich die cauſſa proprietatis mit eingemiſcht und entſchieden wurde g). Bey uns aber braucht man das zweyte Stück, oder den Titel, wodurch man zum Beſitz gelangt iſt, nicht zu be-

a) L. 1. §. 32. D. eod.

b) L. 1. §. 31.

c) L. 1. §. 36. alleg.

d) L. 1. §. 35. alleg.

e) L. 1. §. 39. D. de aqua quotid.

f) L. 1. §. 40 — 42. D. eod.

g) L. 1. §. 45. D. eod.

beſcheinigen, weil bey uns die caſtella, oder öffentlichen Brunnen, nicht zu den Werken des Fürſten gehören h).

4) *de rivis reficiendis.* Dieſes Interdict iſt bey Gelegenheit der interdictorum de aquae ductu, entſtanden. Wenn Jemand den aquae ductum, oder die Waſſerleitung hat, ſo müſſen abhängige Kanäle vorhanden ſeyn, durch welche das Waſſer läuft. Dieſe heiſſen *rivi.* Wird man nun an der Beſſerung der wandelbar gewordenen Kanäle, oder an deren Reinigung von Jemanden gehindert, ſo kan man ſich wider ihn dieſes Interdicts bedienen i). Hier braucht man nur zu beſcheinigen, daß man im vorigen Sommer, oder in dieſem Jahre, das Waſſer auf keine fehlerhafte Art geleitet habe k). Das Recht zu beſſern, welches bey dem Interdicto *de non impedienda refectione* darzuthun iſt, braucht man hier nicht zu beſcheinigen, weil aus den vorhandenen Waſſercanälen die ſtärkſte Vermuthung für die Waſſerleitung vorhanden iſt.

C) *de aqua fontana.* Dieſes Interdict ſteht demjenigen zu, welcher an der Nutzung eines lebendigen und ſtetsfließenden Waſſers l) (aqua fontana) in eines Andern Grund und Boden verhindert wird, da er doch in dieſem Jahre ſich deſſelben auf keine fehlerhafte Art bedient hat m). Nun beſteht der Nutzen entweder im Waſſerſchöpfen, oder in einer Viehträn-

h) *Boehmer* de actionib. Sect. II. Cap. 4. §. 26. 27.

i) L. 1. pr. D. eod.

k) L. 1. §. 9. D. eod.

l) L. 1. §. 4. D. de fonte.

m) L. 1. pr. D. eod.

tränke. Im erſten Fall wird es das Interdictum *de aquae hauſtu*; im zweyten aber das Interdictum *de pecoris ad aquam adpulſu*, genennet. Uebrigens iſt es gleichviel, das lebendige Waſſer mag in einer freyen Quelle beſtehen, oder in einem Bache, oder in einem Brunnen, oder Teiche, worinnen es geſammelt wird n).

Mit dieſem Interdict iſt das Interdictum *de non impedienda refectione et purgatione fontis, lacus et piſcinae*, verbunden, welches mit dem Interdicto *de rivis reficiendis*, von gleichem Nutzen iſt o).

D) Das Interdictum *de cloacis*. Dieſes Interdict iſt zweyfach:

1) *de cloaca privata*,

2) *de cloaca publica*.

Cloaca bedeutet einen hohlen Gang unter der Erde, wodurch man allerhand Unrath abführt p). Dergleichen hat man nun entweder durch eines Andern Privatgrund und Boden, oder durch öffentliche Wege, zum gemeinen Nutzen. Im erſten Fall iſt eine cloaca *privata*; im zweyten, eine cloaca *publica* vorhanden. Ueber die cloacas publicas hatten die Römer öffentliche Auſſeher, welche *magiſtri cloacarum* genennt wurden q) und darauf genaue Aufſicht führen mußten, daß ſelbigen zum Nachtheil nichts unternommen wurde, was

n) L. 1. pr. D. eod.

o) L. 1. §. 6. 7. D. eod.

p) L. 1. §. 4. de cloacis.

q) L. 57. D. de verbor. ſignific.

weshalb denn auch der Prätor ein Interdict ertheilte r). — Das Interdictum de cloaca privata kömmt demjenigen zu Statten, welcher im Beſitz iſt, durch des Andern Grund und Boden allerhand Unrath zu führen, wenn er an Beſſerung und Reinigung des Kanals verhindert wird s). Es hat das Beſondere, daß man ſich deſſelben auch bedienen kan, wenn der Beſitz gleich fehlerhaft ſeyn ſollte t). Der Grund iſt, damit durch ſolche verſtopfte Kanäle die Luft nicht verunreiniget werde. Glaubt der Andere, daß er dergleichen Cloak nicht zu leiden brauche, ſo mag er hernach die Negatorienklage anſtellen v).

Dies ſind die verſchiedenen Gattungen des Interdicti Vti poſſidetis vtilis, wobey noch zu bemerken iſt, daß ſolches auch mit der Confeſſorienklage alternativiſch cumulirt werden kan. Sonſt räumt es ſich zwar nicht, eine dingliche Klage mit dieſem Interdict zu cumuliren, weil jene nur einem Nichtbeſitzer, dieſes aber nur einem Beſitzer zuſtändig iſt, welches beydes zugleich nicht mit einander beſtehen kan. Allein, die actio confeſſoria macht, wie oben (§. 422.) gedacht worden, von den dinglichen Klagen eine Ausnahme, und es kan auch ein Beſitzer ſich deren bedienen. Daher wird bey ſolcher auch die gedachte Cumulation zugelaſſen x). Z. B. **Wenn mir nun aber die Gerech-**

r) L. 1. §. 15. 16. D. de cloacis.

s) L. 1. pr. D. eod.

t) L. 1. §. 7. D. eod.

v) *Struve* exercit. 45. §. 147.

x) *Boehmer* de action. Sect. III. §. 5. *Wernher* P. VII. obſ. 234.

rechtigkeit der Hüthung auf Beklagtens Feldern zuſtehet, ich auch bisher in derſelben geruhigem Beſitz *vel quaſi* geweſen, vom Beklagten aber *de facto* darinne turbirt worden bin; Als bitte zu erkennen: daß mir die quäſtionirte Gerechtigkeit auf Beklagtens Feldern zuſtehe, oder ich wenigſtens *in poſſeſſione vel quaſi* derſelben ſo lange zu ſchützen, bis Beklagter *in petitorio* ein Anders dargethan haben wird.

Zu den remediis *retinendae poſſeſſionis*, welche wegen der Dienſtbarkeitsrechte gebraucht werden können, gehört ferner

2) das Interdictum: *Quod vi aut clam*, und

3) *de novi operis nunciatione*,

von welchen beyden Interdicten bereits oben (§. 175. u. ff.) gehandelt worden.

III) Die remedia *recuperandae poſſeſſionis* beſtehen in dem gleichfalls bereits oben abgehandelten Interdicto: *Vnde vi* und in der Spolienklage.

III. Von den des Pfandrechts y) wegen Statt findenden dinglichen Klagen.

§. 486.

Das Pfandrecht (jus pignoris) iſt überhaupt ein dem Gläubiger, zur Sicherheit ſeiner For-

y) E. Ch. Weſtphal's Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämtlichen römiſchen Geſetze vom Pfandrecht. Zweyte Auflage; Leipzig, 1791.

Forderung, auf eines Andern Sache zuſtändiges dingliches Recht. Es iſt entweder jus pignoris *ſtricte ſ. dictum, ſ. pignus in ſpecie*, wenn dem Gläubiger die Sache in Beſitz gegeben worden, und zwar ein Fauſtpfand, handhabendes Pfand, wenn es eine bewegliche Sache iſt; oder jus hypothecae z), wenn die Sache nicht in Beſitz gegeben worden. — Gleichwie in Anſehung der Dienſtbarkeitsrechte, ſowohl über das Recht ſelbſt, als über den Beſitz geſtritten werden kan; ſo kan dies auch in Anſehung des Pfandrechts geſchehen.

Entſteht über das Pfandrecht ein Streit, ſo betrift ſolcher entweder ein noch nicht eingeräumtes Pfandrecht, ein Pfandrecht, welches man erſt erlangen will; oder er hat ein bereits verwilligtes Pfandrecht zum Gegenſtande.

Im erſten Fall hat man ſich einer perſönlichen Klage zu bedienen, und dieſe kan ſowohl aus der Verbindlichkeit entſpringen, weshalb der Andere zur Conſtituirung des Pfandrechts verpflichtet iſt — wie z. B. actio de pacto, wenn mir Jemand, dem ich 1000 Thaler geliehen habe, ſein Haus gerichtlich zu verpfänden verſprochen hat a), — als auch in einer bloßen Imploration des richterlichen Amts beſtehen, wenn die Verbindlichkeit des Andern zur Errichtung des Pfandrechts, unmittelbar in den Geſetzen gegründet ſeyn ſollte. — Im zweyten Fall aber, wenn nämlich über ein bereits errichtetes Pfandrecht geſtritten und

z) *M. Matth. Calonius*, diſs. de hypotheca. Abo 1792.

a) Nach Befinden der Umſtände kan auch executiviſch geklagt werden.

und ſolches einem Gläubiger geleugnet wird, muß deshalb die hypothekariſche Klage angeſtellt werden.

Von der actione hypothecaria oder Pfandklage.

§. 487.

Dieſe Klage darf nicht mit der *actione pigneratitia directa* verwechſelt werden. Sie entſpringt aus dem **Pfandrecht**, iſt folglich eine **dingliche** Klage, und ſteht dem **Pfandgläubiger** zu; letztere hingegen entſteht aus dem **Pfandcontrakt**, iſt eine **perſönliche** Klage, und ſteht dem **Schuldner** zu. Zuweilen wird jedoch in den Römiſchen Geſetzen die actio hypothecaria ſchlechthin die *actio pigneratitia* genennet b).

Ihr **Grund** iſt das **Pfandrecht**, welches uns wegen einer **Schuld** an der Sache, welche wir von deren Beſitzer eingeräumt haben wollen, zuſteht. Es ſey übrigens eine Art deſſelben, welche es wolle — ein **ausdrückliches**, oder ein **ſtillſchweigendes** c) — es ſey eine **Hypothek**, oder ein **handhabendes Pfand** d).

Der

b) L. 3. §. 3. D. ad exhib. L. 9. pr. D. quib. mod. pign. L. 19. et penult. §. 1. D. de exc. rei judic. L. 41. D. de pignerat. ect.

c) L. 12. C. de diſtract. pignor.

d) §. 7. I. de action. Wo es heißt: *inter pignus autem et hypothecam* (ſcil. quantum ad actionem hypothecariam attinet) *nihil intereſt.* Denn iſt der Gläubiger bey

Der Schuld muß in der Klage mit gedacht werden, weil ohne ſelbige kein Pfandrecht ſich denken läßt. Dabey muß man ſich aber hüten, anzuführen: **daß Beklagter die Schuld zu bezahlen übernommen habe.** Denn dies wäre eine perſönliche Verbindlichkeit deſſelben, und dieſer bedarf es gar nicht, wenn man blos hypothekariſch klagt, denn da hält man ſich lediglich an die verpfändete Sache. Führt man jenes mit an, ſo ladet man ſich einen unnöthigen Beweis auf den Hals, wenn der Beklagte die Uebernahme der Schuld leugnet. — Ferner iſt es ſchlechterdings erforderlich, zu gedenken, **daß der Beklagte die verpfändete Sache beſitze.**

§. 488.

Der **Kläger** iſt jeder Gläubiger, dem ein Pfandrecht zuſteht, er mag es übrigens auf **des Schuldners eignen**, oder auf einer **fremden** Sache erlangt haben, wenn nur im letztern Fall die Conſtituirung deſſelben mit Einwilligung des Eigenthümers geſchehen iſt, denn an einer fremden Sache, die dem Schuldner nicht zugehört, kan ohne Einwilligung des Eigenthümers kein Pfandrecht erlangt werden e). Sollte in-

bey einem handhabenden Pfand gleich im Beſitz, ſo kann ihm doch das Pfand abhanden kommen; da er ſich alsdenn der hypothekariſchen Klage mit Nutzen bedienen kann.

e) L. 41. D. de pignerat. act. L. 2. 6. C. Si aliena res pignori data. — Wie aber, wenn ich die mir zum Pfande gegebene Sache, wovon der Schuldner nicht Eigenthümer iſt, 10 oder 20 Jahre bona fide beſeſſen habe — habe ich da nicht durch **Verjährung** ein Pfandrecht erlangt? Es iſt

indeſſen der Schuldner nach der Zeit Eigenthümer von der verpfändeten fremden Sache geworden ſeyn, — z. B. der Mann hat ein ſeiner Frau gehöriges Haus verpfändet, und iſt nach der Zeit ihr Erbe geworden — ſo ſteht dem Gläubiger doch die actio hypothecaria vtilis zu f).

Auch der Erbe des Gläubigers kan ſich dieſer Klage bedienen. Sollten mehrere Erben vorhanden ſeyn, ſo kan jeder von denſelben auf das ganze Pfand klagen g); pignoris enim cauſſa eſt individua h).

Der Kläger muß aber in der Regel die verpfändete Sache **nicht** beſitzen. Beſitzt er ſie, und ſie wird von dem Schuldner, oder einem Dritten in Anſpruch genommen, ſo kan er ſich mit der Einrede des ihm daran zuſtehenden Pfandrechts, welche in den Geſetzen die exceptio pigneratitia genennt wird i), ſchützen. Die-

iſt ſehr ſtrittig. Die bejahende Meinung haben: *Chr. Gottl. Gmelin*, de jure pignoris vel hypothecae, quod creditor in re ſibi non propria conſtituit. Vlmae 1778. Joh. Ludw. Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen, Nummer LXVIII. und der Verfaſſer dieſes Commentars, in ſeiner Abhandlung: vom Erwerb des Pfandrechts durch Verjährung; Jena, 1788. Verneint wird hingegen gedachte Frage von *Reinh. Bachov*, in tr. de pignorib. et hypoth. Lib. II. Cap. 3. *Mercur. Merlin*, in tr. de pignor. et hyp. Lib. II. Tit. 1. qu. 2. 38. und *Ioh. Bapt. Wankel* in diſs. de pignore vſucapto. Giſsae 1786. §.

f) L. 5. C. eod. *Wernher* P. VIII. obſ. 251.

g) L. 1. C. Si vnus ex pluribus heredib. creditoris.

h) L. 65. D. de euiction.

i) L. 6. §. 9. D. Communi divid.

Dieſer Fall trägt ſich zu, wenn dem Gläubiger die verpfändete Sache in Beſitz gegeben worden iſt, ſo daß er alſo ein **handhabendes** Pfand hat. — Zuweilen kan jedoch der Gläubiger die hypothekariſche Klage gleichwohl anſtellen, ob er ſchon die verpfändete Sache beſitzt; alsdenn nämlich, wenn der Schuldner ſolche einzulöſen zögert. Hier kan er wider denſelben alternativiſch klagen. — **Z. B. daß beklagter Schuldner die libellirte Schuld dem klagenden Gläubiger entweder bezahle, oder gewärtige, daß das Pfand gerichtlich verkauft werde.** In dieſem Fall kan die Klage ebenfalls, ſo wie überhaupt, in foro rei ſitae angeſtellt werden k).

Uebrigens wird die actio hypothecaria in den Römiſchen Geſetzen verſchieden benennt, je nachdem der **Kläger** der Verpachter eines **Landguths** (praedii ruſtici) iſt, welcher wegen der ihm verpfändeten Sachen l) ſeines Pachters klagt, oder ein anderer Pfandgläu-

k) *Wernher* P. III. obſ. 61. *Mollenbeck* in theſ. jur. civ. Lib. V. Tit. 1. n. 134. *Berger* oec. jur Lib. IV. Tit. 4. §. 2. not. 8. ſq.

l) Dieſe ſind von zweyfacher Art: ſolche, die ihm ſtillſchweigend, und ſolche, die ihm ausdrücklich, durch einen Vertrag verpfändet worden. Jenes ſind die Früchte, welche er auf dem gepachteten Grundſtück erbaut hat. L 7. D. In quib. cauſ. pign. tac. contr. Zu dieſen gehören gemeiniglich die Sachen, welche auf das Gut gebracht worden (invecta et illata); auf welchen dem Verpachter eines Landgutes kein ſtillſchweigendes Pfandrecht zuſteht. Eine andere Bewandniß hat es in Anſehung des Verpachters eines Stadtgutes (praedii vrbani). Dieſem ſind die invecta et illata des Pachters ſtillſchweigend verpfändet. L. 4. pr. D. In quib. cauſ. pign. ac. contrah.

gläubiger m). Im erſten Fall heiſt ſie *actio Serviana*, von ihrem Erfinder, einem Prätor Namens Servius; — im zweyten Fall aber, *actio Quaſi-Serviana*, oder *actio Serviana vtilis*, ingleichen auch ſchlechthin *actio hypothecaria*. Heutiges Tages macht man zwiſchen der *actione Serviana* und *Quaſi-Serviana* keinen Unterſchied, ſondern man nennt jede Klage, welche aus dem Pfandrecht entſteht, *actionem hypothecariam*, der Pfandgläubiger ſey der Verpachter eines Landguths, oder ein anderer Pfandgläubiger.

§. 489.

Der **Beklagte** iſt jeder Beſitzer der verpfändeten Sache, welcher dem Kläger das Pfandrecht bezweifelt. Bezweifelt er dem Kläger das Pfandrecht nicht, ſo hat dieſer auch nicht nöthig, ſolches wider denſelben mittelſt der hypothekariſchen Klage auszuführen (§. 434). Der Beſitzer kan übrigens der Schuldner ſelbſt ſeyn, oder deſſen Erbe, oder ein Dritter. Letzterer haftet deswegen, weil das Pfandrecht ein dingliches Recht iſt, welches ſich wider einen jeden Beſitzer der Sache würkſam zeigt. Ein dritter Beſitzer haftet jedoch nicht ſchlechterdings, wie unten (§. 491.) vorkommen wird. Sonſt aber iſt es einerley, er mag die Sache vom Schuldner ſelbſt, oder von einem Andern erhalten haben, — er mag würklich, oder erdichteterweiſe beſitzen

m) Wohin auch der Verpachter eines Stadtgutes gehört.

ſitzen n). Im letztern Fall muß der Kläger zum juramento in litem wider ihn zugelaſſen werden o).

Beſitzt der **Schuldner** die verpfändete Sache, ſo hat der Gläubiger die Wahl, ob er wider denſelben blos **perſönlich**, aus der Verbindlichkeit, womit er ihm verhaftet iſt, — z. B. aus dem Darlehnscontracte — oder **dinglich**, mit der Pfandrechtsklage, klagen: oder ob er die perſönliche und die hypothekariſche Klage mit einander cumuliren will p). Und wenn er auch ſchon eine von beyden angeſtellt haben, aber noch nicht befriedigt worden ſeyn ſollte, ſo kan er ſolche wieder verlaſſen und ſich der andern bedienen q). Sollte nach erfolgter Litisconteſtation die Sache, durch des Beklagten Schuld nicht mehr vorhanden ſeyn, ſo muß er das Intereſſe präſtiren. Doch präſtirt der **Schuldner** ſelbſt weiter nichts, als was er ſchuldig iſt, weil der Gläubiger in Anſehung deſſelben kein Intereſſe hat: ein **Anderer** hingegen muß den ganzen Werth der Sache, mit allen Nutzungen, und was ſonſt dazu gehört, erſetzen, ob es gleich zuſammen mehr, als des Klägers Forderung beträgt, ausmachen ſollte. Was darüber iſt, muß dieſer dem Schuldner hinausgeben r).

§. 490.

n) L. 16. §. 3. D. de pignor.

o) L. 16. §. 3. alleg.

p) Nov. IV. Cap. 2.

q) L. 13. §. 4. D. de pignor. L. 8. C. de pignor. *Mevius* P. VIII. deciſ. 189. *Schoepfer* in ſyn. jur. rom. Lib. XX. Tit. 2. num. 17. ſq.

§. 490.

Das Geſuch dieſer Klage muß dahin gerichtet werden: zu erkennen, daß Klägern auf der libellirten Sache ein Pfandrecht zuſtehe, derowegen Beklagter ihm ſolche ſo lange, bis er, Kläger, wegen ſeiner Forderung (oder, wenn wegen einer Darlehnsſchuld ein Unterpfand eingeſetzt worden: wegen ſeines Capitals und davon zu erhaltender Zinſen) völlig befriedigt worden, einzuräumen ſchuldig. Zuweilen kan die actio hypothecaria mit der actione *perſonali* — z. B. mit der condictione ex mutuo — alternativiſch cumulirt s) und ſonach auch das Geſuch alternativiſch abgefaßt werden. Als: bitte zu erkennen, daß Beklagter entweder die 1000 Thaler mir zu bezahlen, oder das mir verpfändete, im Beſitz habende Haus, ſo lange einzuräumen ſchuldig, bis ich wegen meines Capitals und Intereſſen völlig befriediget bin. Dieſe alternativiſche Cumulation findet aber nur in folgenden beyden Fällen Statt.

1) Wenn wider den Schuldner ſelbſt geklagt wird. Denn dieſer iſt dem Gläubiger auch perſönlich verbunden.

2) Wenn ein Dritter die Schuld, weshalb die Sache verpfändet worden iſt, zu bezahlen übernommen hat. Zum Beyſpiel: ich bin dem

r) L. 21. D. de pignor. et hypoth.

s) Ein Formular ſiehe bey Clar in der Abhandlung von der Klage, S. 54.

Titius 1000 Rthlr. Anlehn ſchuldig, und habe ihm zur Sicherheit dieſer ſeiner Forderung, eine Hypothek auf meine Mühle verwilliget; einige Jahre darauf aber verkaufe ich die Mühle an Sempronium für 4000 Rthlr. und dieſer übernimmt mit meiner und des Titius Zufriedenheit, die Bezahlung jener 1000 Rthlr. als einen Theil des nicht bezahlten Kaufgeldes. — Hier kan Titius wider den Sempronius gedachter Klagenhäufung ſich bedienen.

Außer dieſen beyden Fällen iſt die alternativiſche Cumulation, wenn wider einen **Dritten** geklagt wird, unſtatthaft, weil dieſer nicht **verbunden** iſt, zu bezahlen, ſondern dies lediglich von ſeinem freyen Willen abhängt t). Will er aber lieber bezahlen, als den Beſitz des Pfandes verliehren, ſo kan er es thun und dadurch die Klage von ſich ablehnen v).

Das Geſuch kan auch **executiviſch** eingerichtet werden, es mag ſowohl der Schuldner ſelbſt, als ein **dritter** Beſitzer der verpfändeten Sache, der Beklagte ſeyn, wenn der Gläubiger die dazu erforderlichen Urkunden in den Händen haben ſollte; z. B. einen gerichtlichen Conſens, wenn wegen der Schuld eine gerichtliche Hypothek conſtituirt, und darüber eine Pfandverſchreibung unter Obrigkeits Hand und Siegel ausgefertiget worden iſt. Ueber den Nebenumſtand: **daß Beklagter die verpfändete Sache beſitze**, kan dieſem im Leugnungsfall der Eyd zugeſchoben werden.

t) *Io. Flor. Rivini* diſſ. de libello in actione hypothecaria rite formando. §. 3. ſq. Lipſ. 1706.

v) L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth.

den x). — Klagt der Gläubiger aus der Schuld- und Pfandverſchreibung wider den Schuldner ſelbſt executiviſch, und zwar ſowohl perſönlich als hypothekariſch, z. E. er hat dem Schuldner 100 Thlr. geliehen, wogegen ihm dieſer unter gerichtlichem, in einer dem Gläubiger eingehändigten öffentlichen Urkunde enthaltenen Conſenſe ſein Haus verpfändet hat, ſo muß er nun zwar eigentlich in der Klage mit gedenken, daß Beklagter das verpfändete Haus beſitze: ſollte er aber dieſes vergeſſen, oder mit Fleis weggelaſſen haben, ſo macht dieſes jedoch die Klage als inept nicht verwerflich. Der Grund iſt, weil die perſönliche Klage (die condictio ex mutuo) die Hauptklage gegen den Schuldner iſt, die Hypothek aber und die daraus entſpringende Klage nur zur Sicherheit der Schuld dienen ſoll, folglich als ein acceſſorium betrachtet wird, welches das principale nicht aufhebt. Die Hypothek dient zur künftigen Hülfsvollſtreckung, daß am Ende des Proceſſes die verpfändete Sache zum Executions-Object angegeben, und in ſelbige die Hülfsvollſtreckung geſchehen kan. — Um indeſſen über dieſen Punkt keinen Streit beſorgen zu dürfen, thut man beſſer, wenn man in dem Libell der perſönlichen Klage ſich des Geſuchs der hypothekariſchen Klage enthält y).

§. 491.

Der Pfandklage können mancherley Einreden entgegengeſetzt werden, nämlich:

1)

x) *Hommel* in rhapſod. obſ. 155.

y) *Berger* in parte II ſupplement. ad electa diſcept. for. in additam. ad Tit. 25. pag. 1854. ſepp.

1) **die Klage finde angebrachtermaaßen nicht Statt.** Dieſe Einrede tritt vorzüglich alsdenn ein, wenn wider einen **dritten** Beſitzer **alternativiſch** geklagt worden, welcher gleichwohl nicht durch einen beſondern Vertrag die Schuld, für welche die Sache verpfändet iſt, zu bezahlen übernommen hat. So unſchicklich eine ſolche Cumulation an ſich iſt; ſo wird indeſſen gleichwohl, nach der Praxis, ein ſolches Klaglibell aus Billigkeit noch erhalten, weil es doch dahin ausgelegt werden kan, als wenn gebeten worden wäre: daß Beklagter die verpfändete Sache Klägern einzuräumen ſchuldig, **er wollte denn ſich dazu verſtehen, die darauf haftende Schuld zu bezahlen** z).

2) **Es ſey keine Schuld vorhanden.** Hier muß der Kläger das Vorhandenſeyn derſelben beweiſen.

3) **Klägern ſtehe kein Pfandrecht zu.** Wenn dieſe Einrede vorgeſchützt worden, muß der Kläger darthun, **woher** ihm das angebliche Pfandrecht zuſtehe. Bey einem geſetzlichen Pfandrecht wird gedachte Einrede nicht leicht vorkommen, weil die Geſetze die Perſonen, denen ein ſolches Recht zuſtehen ſoll, deutlich beſtimmt haben. Deſto öfterer aber ereignet ſich der Fall, bey einem Privatpfandrechte. Hat der angebliche Pfandgläubiger wider den das Pfand beſitzenden **Schuldner ſelbſt**, oder wider deſſen **Erben** geklagt, ſo muß er zeigen, daß er, vermöge eines Vertrags, oder eines letzten Willens, ein Pfandrecht erlangt habe, geſetzt auch, daß der Schuldner zur Zeit der Verpfändung, nicht Eigenthümer der Sache gewe-

z) *Leyſer* Sp. 224. Med. 2. *Rivinus* in der angef. Diſſertation §. 10.

weſen wäre, wenn er ſie nur dermalen, als eine ihm zugehörige Sache beſitzt a). — Iſt hingegen gegen einen dritten Beſitzer geklagt worden; ſo kömmt es darauf an, ob dieſer das Pfand ſelbſt vom Schuldner, oder von einem Andern bona fide et juſto titulo an ſich gebracht hat. Erſtern Falls muß der Kläger beweiſen, daß ſein Schuldner zu der Zeit, da er ihm die Sache verpfändete, prätoriſcher Eigenthümer b) derſelben war. Letztern Falls aber liegt dem Kläger ob, darzuthun, daß der Schuldner zur Zeit der Verpfändung wahrer Eigenthümer geweſen.

4) **Der Schuldner habe zur Zeit der Verpfändung die Sache nicht mit rechtmäßigem Titel beſeſſen.** Dieſe Einrede kan ein dritter Beſitzer des Pfandes vorſchützen, wenn er nach dem Vorhergehenden, vom Schuldner ſelbſt die verpfändete Sache erhalten hat.

5) **Die Sache gehöre Beklagtem eigenthümlich zu, und das Pfandrecht an ſelbiger ſey bereits erloſchen.** Z. B. Cajus verpfändet Jemanden eine Sache. Einige Zeit nachher verkauft er ſie an mich, ohne daß ich von dieſer Verpfändung etwas weiß, und ich beſitze ſie 10 oder 20 Jahre lang. Hier habe ich das Eigenthum derſelben präſcribirt und kan dem Cajus, wenn dieſer nach Verlauf jener Zeit wider mich hypothekariſch klagt, dieſe Einrede entgegenſe-

a) L. 41. D. de pignerat. act.

b) L. 18. D. de pignor. et hyp. — Si ab eo, qui Publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi: ſic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

ſetzen c). Cajus kan indeſſen aber noch perſönlich, actione pigneratitia contraria gegen den Schuldner klagen d).

6) **Die Verpfändung ſey nicht legal geſchehen.** Dies iſt der Fall, wenn die dabey geſetzlich vorgeſchriebene Form nicht beobachtet worden. So können z. B. Sachen der **Minderjährigen** andere rgeſtalt nicht, als nach vorgängiger obrigkeitlichen Unterſuchung und Ertheilung eines Dekrets; **Lehngüter** nur mit Einwilligung des Lehnherrn; und in **Sachſen** **unbewegliche** Güter nicht ohne Conſens des judicis rei ſitae verpfändet werden e). Es ſteht nicht entgegen, daß die Contrahenten etwa einig geworden ſeyn ſollten: **die Verpfändung ſolle auch ohne Beobachtung der nöthigen Confirmation gültig ſeyn** f).

Dieſe Einrede muß jedoch der Beklagte beweiſen.

7) **Die Schuld, oder das Pfandrecht ſey erloſchen.** Iſt die **Schuld** erloſchen — z. B. durch Zahlung, Compenſation, — ſo iſt das Pfandrecht zugleich zu Ende gegangen. Denn da hat man ja keiner Sicherheit, als weshalb die Verpfändung geſchehen iſt, mehr nöthig.

8)

c) L. 1. 2. C. Si adverſ. credit. praeſcr. oppon. L. 8. pr. C. de praeſcr. trig. vel. quadrag annor.

d) L. 1. C. Si adverſ. credit. praeſcr. oppon.

e) Man ſehe jedoch *Ad. Rud. Zinck* diſs. inaug. de obligatione magiſtratus ex conſenſu in hypothecae conſtitutionem. Altorf. 1800.

f) *Baſtirieller* diſſ. de commodo ac periculo praedii venditi Vitemb. 1744.

8) **Kläger habe ſich ſeines Pfandrechts begeben.** Dieſes kan ausdrücklich und ſtillſchweigend geſchehen ſeyn. Das letztere iſt der Fall, wenn er das Pfand ganz zurückgegeben, oder in deſſen Verkauf gewilliget hat, ohne ſich ſein Pfandrecht vorzubehalten.

9) **Kläger müſſe ſich erſt an die ihm beſonders verpfändete Sache halten,** oder: **er müſſe erſt den Schuldner, oder die Bürgen belangen.** Es iſt unter den Rechtslehrern ſehr ſtrittig, ob ein **dritter** Beſitzer der verpfändeten Sache, wenn er actione hypothecaria belangt wird, den Beſitz von ſolcher dem Kläger einräumen müſſe, oder ob er nicht vielmehr exceptionem excuſſionis vorſchützen und mit dieſer bewürken könne, daß der Kläger zuvörderſt den **Schuldner,** oder die **Bürgen,** welche, für die Schuld zu haften, übernommen haben, ausklagen müſſe, und dann erſt, wenn er auf dieſem Wege zu ſeiner Bezahlung nicht gelangt iſt, ſich an der verpfändeten Sache erholen könne. Indeſſen iſt es wohl den Geſetzen am gemäßeſten, wenn man folgenden Unterſchied macht. Der klagende Gläubiger hat **entweder,** ein **allgemeines** Unterpfand, d. h. es ſind ihm **ſämtliche Güter** ſeines Schuldners verpfändet; **oder** er hat nur eine **Specialhypothek,** das heiſt, es iſt ihm blos **eine** oder **mehrere** Sachen zum Unterpfand eingeräumt worden. Iſt jenes, ſo kan der dritte Beſitzer der verpfändeten Sache exceptionem excuſſionis vorſchützen, und verlangen, daß der Gläubiger erſt den Hauptſchuldner ausklagen ſoll g). Hat aber der Kläger nur eine **Specialhypothek,** ſo hilft dem dritten Beſitzer der Sache, die Einrede der **Excuſſion** nichts, und er

g) Nov. 4. Cap. 2. Auth. *Hoc ſi* C. de pignorib.

er muß dem Kläger die verpfändete Sache einräumen h). Es behaupten jedoch viele Rechtslehrer, daß ein dritter Beſitzer ſich ohne Unterſchied mit gedachter Einrede ſchützen könne, es möge der Kläger ein allgemeines, oder ein beſonderes Unterpfandsrecht haben i). Allein die Novelle 112. Cap. 1., worinne dem Beklagten die exceptio excuſſionis deutlich abgeſprochen wird, iſt zu klar und man thut ihr durch eine gegentheilige Auslegung offenbar Gewalt an k).

Frucht-

h) Nov. Cap. 112. 1. *de Cramer* in obſerv. jur. vniu. obſ. 656. *Stryk* in caut. contr. Sect. II. Cap. 4. §. 16. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1084. In Churſachſen fällt die exceptio excuſſionis bey Specialhypotheken weg. Supplem. Cod. Aug. p. 351.

i) Siehe die in der Note d) des Lehrbuchs zu gegenwärtigem §. angezogenen Rechtslehrer; ingleichen *Huber* in praelect. ad pand. Lib. XX. Tit. 1. n. 9. und *Cocceji* in jure contr. eod. Tit. Ihre Gründe ſind folgende: 1) die Nov. 4. ertheile einem driten Beſitzer der verpfändeten Sache das beneficium excuſſionis überhaupt, ohne zu unterſcheiden, ob der Kläger ein allgemeines Pfandrecht habe, oder nicht; wo nun aber das Geſetz keinen Unterſchied mache, da komme es auch dem Rechtsgelehrten nicht zu, dieſes zu thun. 2) Man ſehe offenbar, daß Juſtinian die Abſicht gehabt habe, in dieſem Geſetz die Strenge des alten Rechts zu mildern. 3) Die 112. Novelle, welche hauptſächlich von den Gegnern für ihre Meinung angezogen werde, berühre blos den beſondern Fall, wenn Jemand eine verpfändete Sache, wiſſend, daß ſie verpfändet ſey, gekauft, und doch nicht dafür geſorgt habe, daß der Gläubiger vom Kaufgelde befriedigt worden ſey. Ein ſolcher Beſitzer könne freylich, weil er gewiſſermaßen in dolo ſey, auf Rechtswohlthaten, dergleichen das beneficium excuſſionis, keine Anſprüche machen.

k) So wenig ich hierin mit dem Autor einerley Meinung bin; ſo wenig kann ich doch auch denen beypflichten, welche behaup-

Fruchtlos wird jedoch die exceptio excuſſionis entgegengeſetzt: 1) wenn der Schuldner oder die Bürgen nicht im Stande ſind, zu bezahlen, oder ſchwer belangt werden können l); 2) wenn der Beklagte gewußt hat, daß die Sache dem Kläger verpfändet iſt. Denn da hat er dadurch dem Gläubiger vorſätzlich zu ſchaden geſucht m). Alles dieſes dient dem Kläger zur Replik.

10) **Beklagter beſitze die libellirte Sache nicht.** Der Beklagte hat ſich jedoch hier, eben ſo, wie bey der Reivindication, vor dem muthwilligen Leugnen zu hüten, denn, wenn er hinterher, daß er die Sache gleichwohl beſitze, überführt wird, ſo muß er den Beſitz der Sache dem Kläger überlaſſen, geſetzt auch, daß dieſer kein Recht darzu dargethan hat n).

11) **Die Sache ſey ohne des Beklagten Verſchulden nicht mehr vorhanden.** Sie ſey ihm

haupten, daß die hypothekariſche Klage gegen einen dritten Beſitzer der verpfändeten Sache gar nicht Statt finde, wenn der Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht auf des Schuldners Vermögen habe. Dieſe unter andern von Hommel (rhaps. obſ. 327) vertheidigte Meinung iſt den deutlichſten Geſetzen entgegen. Man ſehe: L. 15. C. de pignor. L. 12. C. de diſtr. pign. L. 3. C. de remiſs. pign. L. 8. vlt. C. de ſec. nupt. L. vn. C. Rem alien. ger. Sie iſt auch von Quiſtorp in ſ. Beyträgen, 1. Band, 2. Stück, S. 110., hinlänglich widerlegt worden. — Haſelius.

l) *Leyſer* Sp. 225. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. XX. Tit. 1. §. 75.

m) *Carpzov* P. II. Conſt. 18. def. 19.

n) Nov. 18. Cap. 10. Auth. *Item poſseſsor* C. qui potior. in pign.

ihm z. B. geſtohlen worden, oder ſey verunglückt. Dies muß aber der Beklagte beweiſen.

12) Die geklagte Sache ſey dem Kläger nicht mit verpfändet worden.

13) Beklagter habe eher, als Kläger, ein Pfandrecht auf die Sache gehabt. Ein Beyſpiel enthält L. 2. C. Qui potiores in pignore.

14) Beklagter ſey erbötig, Klägern das, was er zu fordern habe, zu bezahlen; er möge aber

15) zuvor ſein Recht abtreten.

Wenn der Kläger das, was er an ſeinem Schuldner, der ihm die geklagte Sache verpfändet hat, zu fordern hat, bezahlt bekömmt, ſo erreicht er ſeinen Zweck, warum er die hypothekariſche Klage angeſtellt hat. Doch kan der Beſitzer des Pfandes verlangen, daß derſelbe ihm, ehe er für den Schuldner die Zahlung leiſtet, das gegen dieſen ihm zuſtehende Recht abtrete o).

16) Kläger habe erſt den auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Aufwand zu erſetzen. Dieſe Einrede kan nur von einem dritten Beſitzer der verpfändeten Sache vorgeſchützt werden, welcher ſolche bona ſide et juſto titulo an ſich gebracht, z. B. gekauft hat. Einem ſolchen ſteht, wegen des gemachten Aufwands, das Re-

o) L. 19. D. Qui potior. in pign.

Retentionsrecht zu p). Wird aber wider den Schuldner ſelbſt geklagt, ſo kan dieſer ſothaner Einrede ſich nicht bedienen, weil ihm die verpfändete Sache, auf welche er den Aufwand gemacht hat, ſelbſt zugehört.

17) **Die Klage ſey ſchon verjährt.** Was die Verjährung der hypothekariſchen Klage anlangt, ſo hat man zu unterſcheiden, **ob** wider den **Schuldner**, ingleichen gegen deſſen Erben, **oder** wider einen **Dritten** geklagt wird. Im **erſten** Fall findet die **vierzigjährige** Verjährung Statt q). Im **zweyten** Fall aber iſt weiter zu unterſcheiden. Der dritte Beſitzer hat die Sache **entweder** bona fide et juſto titulo an ſich gebracht, **oder** nicht. Iſt jenes, ſo kömmt ihm die Verjährung in **langer Zeit** zu Statten, weil er blos des Klägers dingliches Recht dadurch zu extinguiren ſucht r). Iſt aber das **leztere**, ſo hat er die Verjährung von **dreyßig** Jahren; denn dieſe kömmt je-

p) L. 38. D. de heredit. pet. L. 27. §. 5. D. de rei vindic.

q) Sonſt ſchützte ſich der Schuldner, oder deſſen Erbe vergebens mit der Einrede der Verjährung gegen die hypothekariſche Klage. L. 7. pr. C. de praeſcr. 30 vel 40. annor. Allein Kaiſer Juſtian verordnete in dieſem Geſetz, daß der das Pfand beſitzende Schuldner, oder deſſen Erbe, auf die vierzigjährige Verjährung ſolle provociren können, ne, wie es heißt, *poſſeſſores ejusmodi prope immortali timore teneantur.* Und zwar bedarf es blos des Ablaufs dieſes Zeitraums, und es ſchadet nichts, daß dem Schuldner die der Sache anklebende hypothekariſche Qualität bekannt geweſen. L. 7. §. 1. C. alleg. *I. E. Schmidt* in opusc. de praeſcr. Opusc. III. §. 3.

r) L. 1. 2. C. Si adverſ. credit.

jedem Beſitzer zu, und es werden dadurch alle Klagen aufgehoben s).

Unſtatthaft iſt aber

1) die Einrede der **Diviſion**, das heißt, wenn der Beklagte vorwendet, er beſitze die Sache nicht allein, ſondern es hätten auch andre Antheil daran. Denn das **Pfandrecht** iſt untheilbar, und wenn gleich das Pfand unter mehrere Beſitzer getheilt wird, ſo kan ſich doch der Pfandgläubiger an jeden Beſitzer halten und die ganze Sache von ihm fordern t).

2) Die Einrede **mehrerer Erben**. Aus dem nämlichen Grunde, der vorher angeführt worden. Ein einziger Fall iſt ausgenommen; wenn nämlich ein legatarius oder fideicommiſſarius die hypothekariſche Klage wider einen von mehreren Erben, oder gegen mehrere Perſonen anſtellt, welche mit einem Legat oder Fideicommiß beſchwert worden. Hier braucht der Beklagte, wenn er ſeinen Theil des Legats oder Fideicommiſſes zu präſtiren bereit iſt, die verpfändete Sache dem Kläger nicht abzutreten v).

So iſt auch

3)

s) L. 7. pr. L. fin. C. de praeſcr. 30. vel 40. annor. und *Brunnemann* ad hanc. L.

t) L. 11. §. 4. D. pigner. act. L. 19. D. de pignor. L. 65. D. de evicr. L. 1. 2. C. Si vn. ex plu. heredib. Weſtphal vom Pfandrecht, S. 81.

v) L. 1. in fin. C. Commun. de legat. *Herrm. Becker* proluſ.acad. de actione hypothecaria legatariis ex. L. 1. C. Commun. de legat. contra coheredes competente non ipſo jure diviſa. Gryphisw. 1768.

3) die Einrede: daß der klagende Gläubiger erſt das Kaufgeld dem Beklagten reſtituiren müſſe, um welches derſelbe die Sache an ſich gebracht, in dem Fall unſtatthaft, wenn wider einen dritten Beſitzer, und nicht wider den Schuldner ſelbſt geklagt wird. Denn die perſecutio pignoris, welche mit der actione hypothecaria geſchiehet, iſt eine *vindicatio* pignoris x); bey der Vindication aber findet jene Forderung nicht Statt (§. 436). Es hätte auch der Gläubiger keine Sicherheit, wenn er die verpfändete Sache dem Beklagten bezahlen ſollte; dieſer mag ſich an ſeinen Währmann halten, und von dieſem die Gewährsleiſtung fordern.

§. 492 – 493.

Ein Pfandgläubiger kan, wie oben (§. 486) vorgekommen, nicht allein petitoriſch klagen, ſondern auch poſſeſſoriſch. Er hat daher nach Beſchaffenheit der Umſtände remedia *adipiscendae*, *retinendae* und *recuperandae* poſſeſſionis.

Zu den remediis *adipiscendae* poſſeſſionis gehören:

1) das Interdictum *de tabulis exhibendis*. Zum Beyſpiel: Cajus, der ſein Silberſervice bey mir verſetzt hat, hat mir bey ſeinem Leben zu wiederholtenmalen verſprochen, mir ſolches in ſeinem Teſtament zu vermachen. Er hat auch ein Teſtament errichtet und ich habe erfahren, daß mir das Service würklich legirt worden. Nun kommen ſeine Erben und wollen das Pfand

x) L. 16. §. 3. D. de pignorib.

Pfand einlöſen; da ich aber ergegne, daß es mir legirt worden, leugnen ſie dieſes. Hier kan ich das Interdictum *de tabulis exhibendis* gegen ſie anſtellen und die Vorzeigung des Teſtaments von ihnen verlangen y).

2) Das Interdictum *Salvianum*

und

3) das Interdictum de *pignoribus*.

Von dieſen beyden wird gleich im Folgenden gehandelt.

Von dem Interdicto Salviano.

§. 494.

Dieſes Interdict ſteht blos einem hypothekariſchen Gläubiger zu, wenn die Verpfändung klar iſt: nicht einem Gläubiger, welcher ein handhabendes Pfand (pignus in ſpecie) hat. Falls über den Beſitz eines Pfandes der letztern Art geſtritten wird, muß ein interdictum retinendae, oder recuperandae poſſeſſionis angeſtellt werden, je nachdem der Gläubiger den Beſitz des Pfandes entweder behalten, oder wiedererlangen will. — Nur wegen einer Hypothek alſo findet, wie gedacht, gegenwärtiges Interdict Statt.

Die

y) L. 3. §. 10. D. de tab. exhib. L. 16. C. de legat.

Die Hypothek muß aber klar ſeyn, das heiſt, ſogleich dargethan werden können; wo nicht, ſo muß die actio hypothecaria angeſtellt werden. — Iſt die Hypothek eine geſetzliche; ſo muß ſie keinem Zweifel unterworfen ſeyn, und die conventionelle ſogleich beſcheiniget werden.

Ob übrigens, wenn von einer conventionellen Hypothek die Rede iſt die Verpfändung mit Recht geſchehen? wird hier nicht unterſucht, und jede Einrede, die deshalb gemacht wird, iſt als eine exceptio altioris indaginis unzuläßig. Daher hat ſich der Kläger auf ſolche gar nicht einzulaſſen. Bey poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln kömmt es blos auf das factum poſſeſſionis an, mithin iſt es genug, daß die Verpfändung geſchehen iſt: ob ſie mit Recht? — dieſe Frage gehört ins Petitorium.

§. 495.

Der Kläger iſt der die verpfändete Sache nicht beſitzende Pfandgläubiger, oder deſſen Erbe, ingleichen auch derjenige, welchem das Pfandrecht cedirt worden iſt.

Klagt der Verpachter eines Landguthes (praedii *ruſtici*) dem zur Sicherheit des Pachtgeldes, die auf dem verpachteten Guthe erwachſenen Früchte, nach unmittelbarer Verordnung der Geſetze, Pfand ſeyn ſollen; oder welchem der Pachter noch überdies ſeine Fahrniß unterpfändlich verſchrieben hat — ſo heißt das Interdict, Interdictum Salvianum ſchlechthin, auch Salvianum *directum*. Klagt hingegen ein anderer Pfandgläubiger, als der Verpachter eines Landgu-

thes: ſo wird es Interdictum *Quaſi* — Salvianum, auch Interdictum Saluianum *vtile* genennet.

§. 496.

Der Beklagte iſt der Schuldner, welcher die verpfändete Sache beſitzt, und inſofern auch deſſen Erbe.

Ob aber durch gegenwärtiges Interdict, ſo wie mittelſt der hypothekariſchen Klage, auch ein dritter Beſitzer hafte? darüber ſind die Rechtslehrer nicht einig; indem zwey Geſetze einander entgegen zu ſtehen ſcheinen. In der L. 1. §. 1. D. de interd Salv. z) wird es bejahet, daß auch ein dritter Beſitzer der verpfändeten Sache, durch dieſes Interdict hafte; in der L. 1. C. de precario et Salv. interd. hingegen verneinet a). — Einige b) ſehen dieſe Geſetze, als würklich widerſprechend an, ziehen die L. 1. C. de precar. als einen legem poſteriorem, der L. 1. §. 1. D. de interd. Salv. vor, und behaupten alſo, es finde dieſes Interdict nicht wider ei-

z) Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in ſolidum obligatae eſſent: ſinguli *adverſus extraneum* Salviani interdicto recte experientur; inter ipſos vero ſi reddatur hoc interdictum, poſſidentis conditio melior erit,

a) Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia ſunt, venumdedit: integrum tibi jus eſt ea perſequi, non interdicto Salviano (*id enim tantummodo adverſus conductorem debitoremve competit*) ſed Serviana actione etc.

b) *Schaumburg* in Dig. Lib. 43. Tit. 32. §. 2. *Cocceji* in jur. controv. Lib. 43. Tit. 32. *Boehmer* 1) in prae-

einen dritten Beſitzer Statt. Andere c) halten ſie nicht für ſich einander widerſprechend, vielmehr ſuchen ſie ſie auf folgende Art miteinander zu vereinigen. Entweder ſey die Rede vom Interdicto Salviano *directo*, oder vom *vtili*. Jenes finde nicht wider einen dritten Beſitzer Statt, und davon ſey die L. 1. C. de precar. zu verſtehen. Dieſes hingegen finde allerdings wider einen ſolchen Statt, und dahin ſey L. 1. §. 1. D. de interd. Salv. auszulegen.

Allein dieſe Auslegung thut dem Text des Codex offenbare Gewalt an, und man muß vielmehr folgenden Unterſchied machen. Der dritte Beſitzer hat entweder um die Verpfändung gewußt, oder nicht. Im erſten Fall findet wegen ſeines doli das Interdict wider ihn Statt, und von dieſem Fall iſt L. 1. §. 1. D. de interd. Salv. zu verſtehen. Im zweyten Fall kan es nicht wider ihn angeſtellt werden.

Weil indeſſen, wie gedacht, dieſe Frage ſtrittig iſt, ſo thut man, wenn man wider einen dritten Beſitzer

praefat. ad *Briſson.* §. 12. not. p) 2) in exercit. ad pand. Tom. I. pag. 75, 3) in tr. de actionibus, Sect. II. cap. 3. §. 103. *Püttmann* in der angezogenen Diſſertation. Cap. 6. pag. 34. *Berger*, gleichfalls in der angef. Diſſertation, th. 10. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1878. not. vlt. und Höpfner im theoretiſch-praktiſchen Commentar über Heineccii Inſtitutionen, §. 1214.

c) Außer den in der Note b) zu gegenwärtigem §. des Lehrbuchs angeführten Rechtslehrern, gehören dahin noch: *Cujacius* Lib. V. obſ. cap. 24. *Fachinaeus* controv. jur. Lib. VIII. Cap. 92. Claproth in den ſummariſchen Proceſſen, §. 229. und *Walch* in controv. jur. civ. pag. 454.

klagen will, um gewiß zu gehen, am beſten, wenn man das Interdictum Salvianum mit der actione hypothecaria alternativiſch cumulirt, und z. B. zu erkennen bittet: daß Kläger die Pfandgerechtigkeit an bemeldetem Hauſe zuſtehe, oder demſelben wenigſtens deſſen Beſitz Beklagten ſo lange einzuräumen, bis ſolcher wegen Capitals, Intereſſe und Unkoſten völlig befriediget worden. Da muß nachher der Richter auf das erkennen, was dem Kläger am nützlichſten iſt d).

§. 497.

Das Geſuch bey dieſem Interdict geht dahin: Beklagtem anzubefehlen, daß er Klägern den Beſitz der verpfändeten Sache ſolange einzuräumen habe, bis derſelbe wegen Capitals, Zinſen, Schaden und Koſten, völlig befriedigt worden. Iſt der Beklagte der Schuldner ſelbſt (§. 496.), ſo kan, weil er dem Kläger perſönlich verbunden iſt, das Geſuch auch alternativiſch abgefaßt und gebeten werden: ihm anzubefehlen, daß er entweder bezahle, oder den Beſitz der verpfändeten Sache abtrete. Dies geht aber nicht an, wenn wider einen Dritten (§. 496) geklagt wird; dieſer hat nur die Freyheit, durch freywillige Bezahlung die Immiſſion des Klägers in die verpfändete Sache, zu verhindern (§. 490).

d) L. 66. D. de judic. *Leyſer* Sp. 511. Med. 5. eor.

§. 498.

Der Beklagte kan jedoch als Einrede vorſchützen:

1) Alles, wodurch der Grund dieſes Rechtsmittels aufgehoben wird. Es werden jedoch nur ſolche Einreden, die ſogleich klar ſind, zugelaſſen e).

2) Die Einrede der Excuſſion; wenn dieſes Interdict, wie insgemein geſchieht, wider einen dritten Beſitzer zugelaſſen wird (491). Denn da kan derſelbe in allen den Fällen dieſe Einrede vorſchützen, da ſelbige ſonſt bey der actione hypothecaria verſtattet wird.

3) Es ſey in der Klage des Umſtandes, daß der Verpfänder die Sache zur Zeit der Verpfändung beſeſſen, nicht gedacht werden. Dies verſteht ſich von einem Civilbeſitz, daß er nämlich die Sache als die ſeinige inne gehabt, und alſo mit einem gerechten Titel bey ſeinem Beſitz verſehen geweſen.

Von dem Interdicto ex L. 3. C. de pignoribus.

§. 499.

Der Grund dieſes Interdicts iſt ein Vertrag, mittelſt deſſen ein Schuldner ſeinem Gläubiger das Recht

e) Claproth in den ſummariſchen Proceſſen, §. 232.

Recht zugeſtanden hat, auf den Nichtzahlungsfall, von ſeinen Gütern eigenmächtig Beſitz nehmen zu können: welcher Vertrag das *pactum de ingrediendo* genennt wird. Bey nicht erfolgender Zahlung nun, widerſetzt ſich entweder der Schuldner mit Gewalt dem Gläubiger, welcher vertragsmäßig Beſitz eigenmächtig ergreifen will; oder nicht. Iſt das letztere — z. B. der Schuldner widerſpricht nicht, oder ſein Widerſpruch beſteht blos in Worten, oder ſolchen Handlungen, wobey keine Ergreifung gewiſſer Thätlichkeiten oder Tumult zu beſorgen iſt — ſo kan ſich der Gläubiger des ihm verwilligten Auspfändungsrechts bedienen f) und dieſe Selbſthülfe iſt auch in den Reichsgeſetzen nicht verboten. **Widerſetzt** ſich aber der Schuldner der Beſitznehmung; ſo darf der Gläubiger nicht mit eigenmächtiger Gegengewalt ſein Auspfändungsrecht ausüben; denn dadurch würde die öffentliche Ruhe und Sicherheit ſehr geſtört werden, und er ſich einer ſtrafbaren Selbſthülfe ſchuldig machen. Geſchieht es dennoch, ſo kan der Schuldner die Spolienklage wider ihn anſtellen und verlangen, daß er alsbald wieder in Beſitz geſetzt, und der Dejicient, der Gläubiger, ſein etwa habendes Recht in petitorio auszuführen, angewieſen werde. Doch iſt mit dieſer Dejection der Verluſt des Rechts, welcher ſonſt auf der gewaltthätigen Selbſthülfe ſteht (§. 212) nicht verbunden; denn der Schuldner hätte ſich wegen des Vertrags, nicht mit Gewalt widerſetzen ſollen g). Indeſſen iſt der Gläubiger ſtrafbar, daß er die Hülfe der Obrigkeit zu ſuchen, hint-

f) L. 3. C. de pignor.

g) *Schaumburg* ad *Seruvii* jurisprud. for. Lib. II. Tit. 35. §. 21.

hintangeſetzt hat h). Es muß alſo der Gläubiger, wenn ſich der Schuldner der eigenmächtigen Beſitznehmung mit Gewalt widerſetzt, obrigkeitliche Hülfe ſuchen, und gegenwärtiges Interdict wider ihn anſtellen i). Sollte über das pactum de ingrediendo eine Urkunde gefertiget worden ſeyn; ſo kan, nach Beſchaffenheit der Umſtände, executiviſch daraus geklagt werden k).

§. 500. 501.

Der **Implorant** iſt alſo der Gläubiger, welcher mit einem Schuldner das *pactum de ingrediendo* geſchloſſen hat, ingleichen deſſen Erbe. Der **Implorat** hingegen iſt der Schuldner, von welchem dem Gläubiger zugeſtanden worden, auf den Nichtzahlungsfall von ſeinen Güthern eigenmächtig Beſitz zu nehmen, der ſich aber dieſer eigenmächtigen Beſitznehmung mit Gewalt widerſetzt. Auch deſſen **Erbe** haftet mittelſt dieſes Interdicts; keinesweges aber ein **dritter Beſitzer**, indem ſich dieſes Interdict auf einen Vertrag gründet; doch findet wider einen ſolchen die actio hypothecaria Statt, weil dieſer Vertrag ein pignus conventionale tacitum in ſich enthält l); denn der Schuld-

h) L. 18. D. de vi et vi armata.

i) L. 3. C. de pignor. Creditores, qui non reddita ſibi pecunia conventionis legem, ingreſſi poſſeſſionem, exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praeſidis poſſeſſionem adipiſci *debent*.

k) *Hahn* ad *Weſenbec.* Tit. de diſtract. pignor. num. 16.

l) *Brunnemann* Cent. I. deciſ. 77. *Hauer* in memor. act. pag. 329. ſq.

Schuldner verwilligt dadurch dem Gläubiger, zu deſſen Sicherheit, das Recht, ſich bey nicht erfolgender Zahlung an die Güter ſelbſt zu halten; und dies iſt ja nichts anders als ein Pfandrecht.

§. 502.

Das Geſuch iſt: zu erkennen, daß Implorat dem Imploranten den Beſitz der verſchriebenen Güter ſolange, bis er ſeine völlige Befriedigung erhalten, einzuräumen ſchuldig. Hat der Implorant eine öffentliche Urkunde in den Händen, die keiner Recognition bedarf, ſo kan er gleich um Erlaſſung eines unbedingten Befehls (mandatum ſine clauſula) bitten.

§. 503.

Implorat kan jedoch einwenden:

1) Er habe das angebliche Recht Imploranten nicht verwilliget. Hier muß der Implorant den geſchloſſenen Vertrag beweiſen.

2) Er ſey Imploranten Schuldner nicht. Dieſe Einrede findet Statt, wenn nicht ſelbſt wider den Schuldner, ſondern wider einen Dritten geklagt worden (§. 501).

3) Die Schuld ſey bereits getilgt. Dieſes hat der Implorat darzuthun, und zwar ſogleich. Denn iſt dieſe Einrede illiquid, ſo wird er damit in die Reconvention verwieſen.

4) Die Güther, in deren Beſitz Implorant geſetzt ſeyn wolle, gehörten Imploraten nicht eigenthümlich zu; ſondern z. B. ſeiner Ehefrau.

§. 504.

Ein Pfandgläubiger hat ferner (§. 492.) auch 2 (remedia *retinendae* poſſeſſionis und es gehören dahin, außer dem poſſeſſorio *ſummariiſſimo*, das interdictum *vti poſſidetis*, oder *vtrubi*, das interdictum *quod vi aut clam*, ingleichen *de novi operis nunciatione*, und das interdictum *de precario*. Alle dieſe Rechtsmittel kennen wir bereits aus dem Obigen, daher haben wir nicht nöthig, uns bey ſolchen länger aufzuhalten, ſondern bemerken kürzlich nur nochzweyerley:

1) Dieſe Rechtsmittel kommen einem Pfandgläubiger vorzüglich dann zu Statten, wenn er ein Conſtitutum poſſeſſorium für ſich hat m).

2) In Anſehung des interdicti *de precario* iſt vorauszuſetzen, daß der Schuldner nicht ſchon bezahlt habe; denn wäre dies geſchehen, ſo wäre das precarium dadurch aufgehoben. Z. B. der Schuldner hat ſeinen Gläubiger gebeten, ihm das verpfändete Kleid auf einige Zeit herauszugeben; der Gläubiger thut dieſes auch; nachher will es ihm aber der Schuldner nicht wieder ins Pfand zurückgeben. Jener ſtellt daher das Interdictum de precario wider denſelben an; die-

m) *Mevius* in deciſ. P. III. deciſ. 159. *Stryck* de cautel. contract. Sect. I. Cap. V. §. 24.

dieſer aber ſchützt vor, der Gläubiger habe das ſchon wieder bezahlt erhalten, was er, der Schuldner, auf das Kleid geborgt hätte.

§. 505.

Die endlich 3) dem Pfandgläubiger zu Statten kommenden remedia *recuperandae* poſſeſſionis, ſind: das interdictum *vnde vi*, und die **Spolienklage**; welche ebenfalls ſchon aus dem Obigen bekannt ſind.

Hingegen ſteht dem **Schuldner** gegen den Pfandgläubiger das *interdictum imperiale recuperandae poſſeſſionis* zu, wenn dieſer ihm, nach erhaltener völligen Befriedigung, die Wiederabtretung des Beſitzes der verpfändeten Sache, unbilligerweiſe vorenthält n). In Anſehung ſogenannter **Fauſt**- oder **handhabender Pfänder**, kan vor dieſem Rechtsmittel ſtatt der **directen Pfandklage** (*actio pigneratitia directa*) nützlicher Gebrauch gemacht werden.

IV. Von den Rechtsmitteln wegen der Nachfolge in die Güter eines Verſtorbenen, insbeſondere von den des Erbſchaftsrechts wegen, Statt findenden Klagen.

§. 506.

Es folgen nunmehro diejenigen Rechtsmittel, welche wegen der **Nachfolge** in die Güter eines Verſtor-

n) *Boehmer* de act. Sect. II. Cap. 4. §. 38.

ſtorbenen; insbeſondere wegen des **Erbſchaftsrechts,** als der **vierten** Gattung des dinglichen Rechts, (§. 428) Statt finden.

Die Nachfolge in die Güter eines Verſtorbenen, iſt überhaupt nichts anders als **der Erwerb der Güter eines Verſtorbenen, als Verſtorbenen.** Die Perſonen, welche dieſen Erwerb machen, heißen **Nachfolger** des Verſtorbenen, und ſind von doppelter Art. Sie erlangen **entweder** das ſämtliche Vermögen des Verſtorbenen, diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten ausgenommen, welche ganz perſönlich ſind (jura et obligationes perſonaliſſimae), oder wenigſtens einen Theil derſelben, dergeſtalt, daß ſie die Perſon des Verſtorbenen vorſtellen, und ſo gut angeſehen werden, als dieſer, wenn er noch lebte; **oder** ſie bekommen nur eine einzelne Sache, oder mehrere dergleichen, (emolumentum ſingulare) welche ihnen der Verſtorbene in einem letzten Willen hinterlaſſen hat, auf die Art, daß ſie die Perſon deſſelben nicht vorſtellen, und alſo auch deſſen Verbindlichkeiten zu erfüllen nicht ſchuldig ſind. Jene heißen **allgemeine Nachfolger** (ſucceſſores ſingulares), oder **Erben,** und ihr Recht auf die Verlaſſenſchaft heiſt das **Erbrecht** o). **Dieſe** werden **beſondere Nachfolger** (ſucceſſores ſingulares) genennet und zu

o) Hierher gehören vorzüglich folgende Schriften: *I. Cp. Koch:* Succeſsio ab inteſtato civilis, in ſuas claſses novo methodo redacta. Edit. VII, Giſſ. 1790. E. Ch. Weſtphal's Theorie des römiſchen Rechts von Teſtamenten, deren Erblaſſer und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Leipz. 1790. H. J. Klüpfel: Ueber die Vielfachheit

zu denſelben gehören die **Legatarien** (**Vermächtnißnehmer**), ingleichen die dieſen gleich zu ſchätzenden particulären **Fideicommißnehmer** (fideicommiſſarii particulares).

Beyde Gattungen von **Nachfolgern**, ſowohl die **allgemeinen**, als die **beſondern**, können auf doppelte Art wegen der Nachfolge Streit haben. **Entweder** kan ſolcher gewiſſe Rechte und Verbindlichkeiten betreffen, wodurch blos **der Weg zur Nachfolge erſt gebahnt wird**; **oder** die **Nachfolge ſelbſt**. Diejenigen Rechtsmittel, welche auf das **erſtere** abzwecken, heißen **vorbereitende** (remedia praeparatoria), und die, welche den Streit **über die Nachfolge ſelbſt** zum Gegenſtande haben, werden **nicht vorbereitende**, **hauptſächliche Rechtsmittel** (remedia principalia) genennet, welche letztere **theils** die **Erlangung**, **theils** die **Bewahrung**, (**Erhaltung**,) **theils** den **Verluſt** der **Nachfolge** betreffen können.

Er-

heit der Verwandſchaft und ihre Würkungen, beſonders in Rückſicht auf das Recht der Erbfolge. Stuttgardt, 1792. *I. I. Boger* diſs. inaug. (praeſ. *Hofacker*) de fundamento ſucceſſionis ab inteſtato. Tubingae 1791. J. W. H. Ludolff's ſyſtematiſche Entwickelung der Lehre von der Inteſtaterbfolge, nach römiſchen und deutſchen Rechten. Halle 1794. G. W. Stampfer: Von der Inteſtaterbfolge nach poſitiven und natürlichen Rechten. Erlangen 1795.

Erſtes Hauptſtück.

Von

den Rechtsmitteln, wodurch man ſich blos den Weg zur Nachfolge erſt vorbereitet.

§. 507.

Alle dieſe Rechtsmittel ſind präparatoriſch, und daher ſummariſch abzuhandeln. Es ſind deren vier.

Nämlich:

1) die *imploratio pro adipiscenda adminiſtratione bonorum (diu abſentis) ſub cautione*; mit welcher die *imploratio pro obtinenda ſucceſſione in bona diu abſentis* nicht verwechſelt werden darf;

2) die *imploratio pro obtinenda judiciali obſignatione rerum hereditariarum*;

3) die *imploratio de edendo inventario vel jurata ſpecificatione rerum hereditariarum*;

4) das *interdictum de tabulis exhibendis*; welche wir, eins nach dem andern, im folgenden kennen zu lernen haben.

Von
der imploratione pro adipiſcenda adminiſtratione bonorum, ſub cautione.

§. 508.

Dieſe Imploration findet Statt, wenn ein **abweſender Verwandter** von uns zwar **verſchollen** iſt, aber noch nicht für todt erklärt werden kan, und wir, wegen des uns zuſtehenden präſumtiven Rechts, denſelben dereinſt zu beerben, deſſen Vermögen einſtweilen verwalten wollen, hieran aber von einem Andern behindert werden. Unter einem **Verſchollenen** (diu abſens) verſteht man **einen Menſchen**, **in Anſehung deſſen, ob er noch lebe, oder geſtorben ſey, um deswillen Ungewißheit vorwaltet, weil er ſeit geraumer Zeit abweſend iſt** p). So lange ein ſolcher Menſch noch nicht das gewöhnlichſte Ziel des menſchlichen Lebens, wofür das **ſiebenzigſte** Jahr gehalten wird q), überſchritten hat, kan er ordentlicherweiſe noch nicht für todt erklärt werden. Denn wäre dieſes, ſo fände die gleich abzuhandelnde Imploratio pro obtinenda ſucceſſione in bona diu abſentis Statt.

§. 509.

p) Verſchollen heiſt er, weil man während ſeiner Abweſenheit, aller angewandten Mühe ungeachtet, keinen Schall oder Nachricht zu erhalten vermocht hat, und alſo hierdurch die Ungewißheit in Anſehung ſeines Lebens und Todes entſtanden iſt.

q) Weil es im 90. Pſalm, V. 10. heißt: **Unſer Leben währet ſiebenzig Jahre** u. ſ. w.

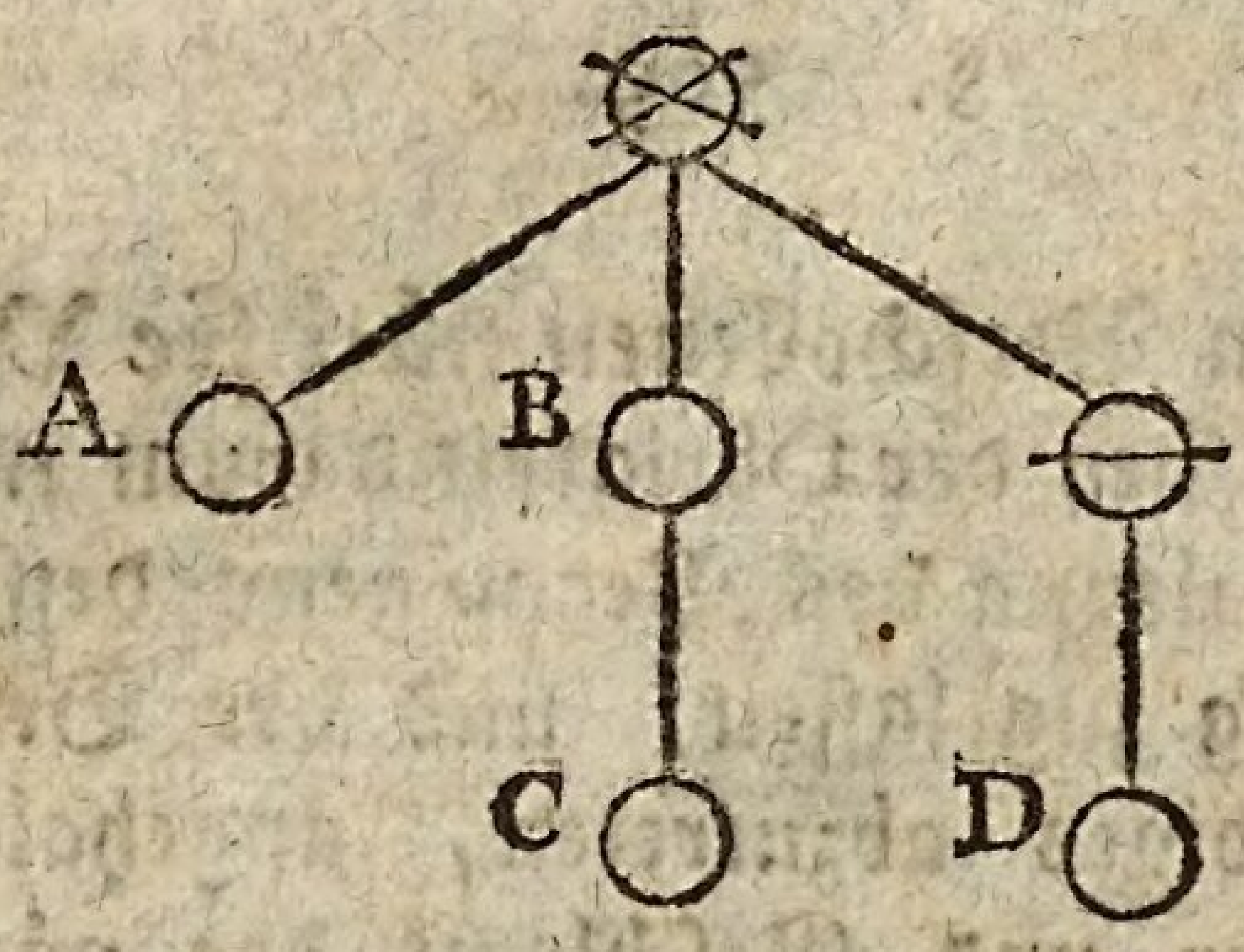
§. 509.

Eines ſolchen Verſchollenen nächſte Verwandte haben das Recht, bey der Obrigkeit darum nachzuſuchen daß ſie zur Verwaltung des Vermögens deſſelben gegen Cautionsbeſtallung zugelaſſen, und der Beſitzer dieſes Vermögens, ſelbiges abzutreten, angehalten werden möge. Auf Alter und Geſchlecht des nächſten Verwandten, wird hier keine Rückſicht genommen, ſo daß auch für ein Kind von 2 Jahren dieſe Imploration angeſtellt werden kann r). Der Grund iſt, weil einem ſolchen Anverwandten das meiſte Recht an den Gütern des Abweſenden zuſteht, und er dieſen, wenn er, wie zu vermuthen iſt, geſtorben ſeyn ſollte, gänzlich beerben würde. — Iſt ein gleich naher Anverwandter vorhanden, ſo kan er ſich ebenfalls dieſer Imploration bedienen.

Hat der Implorant die Adminiſtration ſchon erlangt, und ſtirbt; ſo gebührt deren Fortſetzung ſeinem nächſten Inteſtaterben, weil dieſer auch, den Abweſenden zu beerben, ein Recht hat; und zwar ſchließt dieſer Erbe andere, dem Abweſenden gleich nahe Verwandte, von der Adminiſtration aus, indem er auf dieſe Adminiſtration aus dem ererbten Rechte des verſtorbenen Imploranten ein Vorrecht erlangt hat s). So ſchließt z. B. nach gemeinem Sachſenrecht, der Bruder des Verſtorbenen, des verſtorbenen Bruders Kinder aus.

r) *Carpzov* P. III. conſt. 15. def. 48. n. 4. 8. *Schilter* exerc. 15. §. 73.

s) *Carpzov* l. c. def. 49.



Geſetzt A wäre der Abweſende, ſo kan deſſen Bruder B, allein die Adminiſtration verlangen, und ſchließt ſeinen Neffen D aus, weil es nach gemeinem Sachſenrecht auf die Nähe des Grades ankömmt und das Repräſentationsrecht nicht Statt findet. Nun nehme man an: B hat die Adminiſtration bekommen, er ſtirbt aber darauf, und hinterläßt einen Sohn, C; ſo iſt mit dieſem zwar D in gleichem Grade verwandt: allein deſſen ungeachtet ſetzt C die Adminiſtration aus dem Rechte ſeines verſtorbenen Vaters allein fort. — Die Teſtamentserben hingegen können die Fortſetzung der Adminiſtration nicht verlangen, weil ſie, den Abweſenden zu beerben, aus Mangel der Verwandſchaft, kein Recht haben t).

Uebrigens muß der Implorant die Verwandſchaft wenigſtens ſummariſch beſcheinigen; z. B. durch ein Atteſtat aus Kirchenbüchern v).

§. 510.

t) *Carpzov* l. c. def. 50. *Wernher* P. II. obſ. 356. *Richter* deciſ. 65. n. 17. Anderer Meinung iſt *Leyſer* Sp. 97. Med. 6.

v) *Leyſer* Sp. 9. Med. 1. ſq.

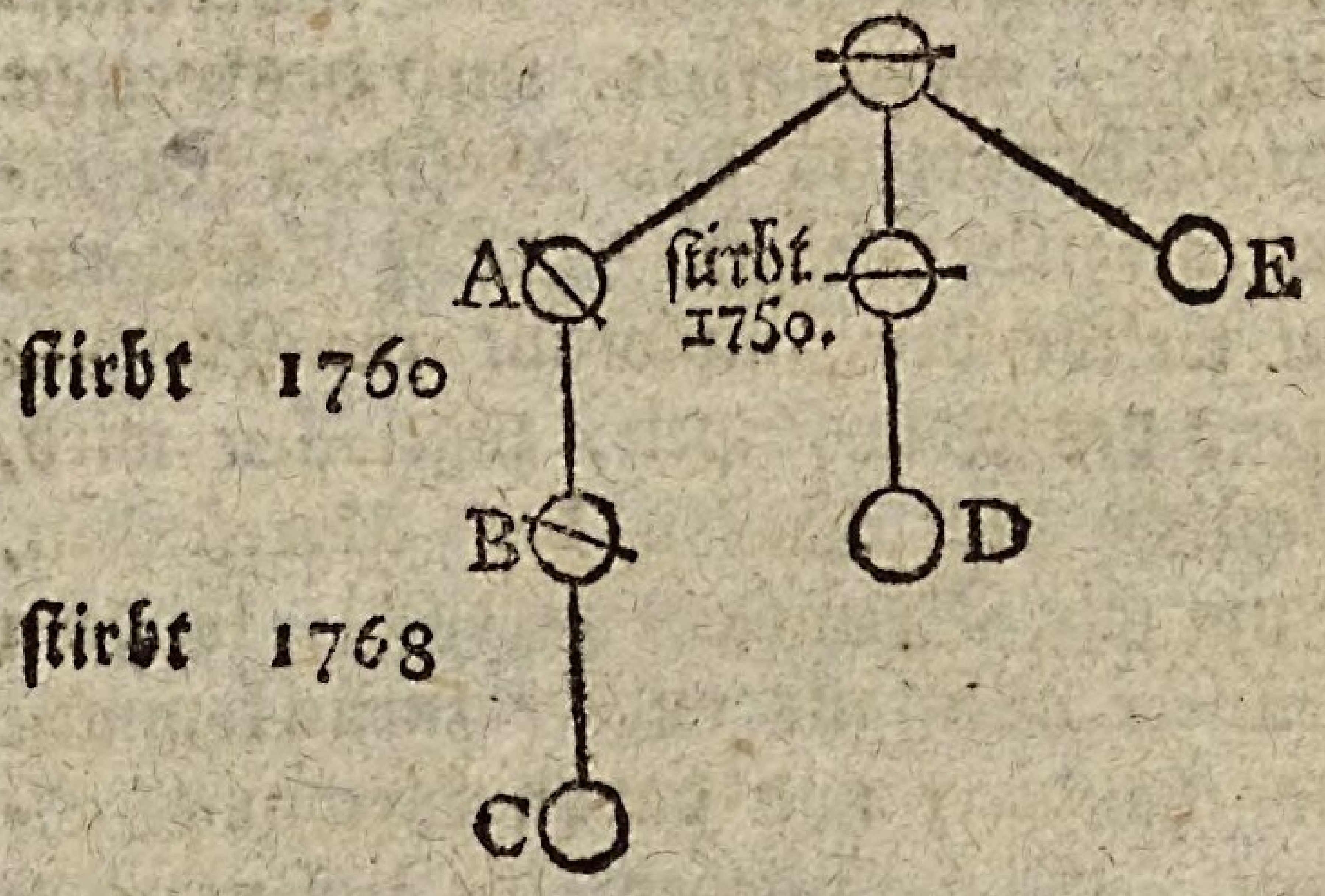
§. 510.

Der Implorant iſt der Beſitzer der Güter des Abweſenden, welcher mit demſelben entweder gar nicht, oder doch nicht ſo nahe, als der Implorant, verwandt iſt. Denn ſteht er mit dem Abweſenden in gar keiner Verwandſchaft, ſo hat er kein Recht, deſſen Güter unter ſich zu haben, und iſt er zwar mit demſelben verwandt, jedoch nicht ſo nahe, als der Implorant, ſo hat dieſer ein größeres Intereſſe, weil er die nächſte Hofnung hat, den Abweſenden dereinſt zu beerben. Des Beſitzes muß alſo nothwendig in der Imploration gedacht werden, denn der Implorant verlangt ja, daß ihm der Implorat die Güter zur Verwaltung abtreten ſoll.

§. 511.

Das Geſuch iſt dahin zu richten: **Imploranten zur Verwaltung des Vermögens des Abweſenden gegen Caution, zuzulaſſen, und deswegen Imploratem die Abtretung des Beſitzes ſothanen Vermögens anzubefehlen.** — Die Cautionsbeſtellung, gegen welche der Implorant zur Verwaltung des Vermögens des Abweſenden, zugelaſſen wird, geſchieht hauptſächlich zum Beſten des Abweſenden, damit dieſer nicht um ſein Vermögen gebracht, ſondern ihm ſelbiges, wenn er allenfalls wieder zurückkommen ſollte, wieder ausgehändiget und davon Rechnung abgelegt werden könne. Es muß daher ein Inventarium gefertiget werden, um dereinſt, wenn allenfalls der Abweſende ſich wieder einſtellen ſollte, wiſſen zu können, was die nächſten Verwandten von deſſen Vermögen in Beſitz bekommen, und alſo dem Wiedererſchienenen zu re-

reſtituiren haben x). — Die Caution ſelbſt wird durch Bürgen oder Pfand beſtellt. Sollte der Implorant ſelbige aufzubringen nicht vermögend ſeyn, ſo muß er, vorausgeſetzt, daß er ein ehrlicher Mann iſt, der keinen Verdacht der Untreue wider ſich hat, ſeiner Armuth ungehindert, wenigſtens juratoriſche Caution beſtellen y), ſonſt gelangt er nicht zur Adminiſtration z). — Es nimmt übrigens die Adminiſtration ein Ende, wenn der Tod des Abweſenden bewieſen, oder derſelbe, wegen Ueberſchreitung des ſiebenzigſten Lebensjahres, von der Obrigkeit für todt erklärt worden. In beyden Fällen aber bekommen diejenigen Verwandten des Abweſenden, deſſen Vermögen erb- und eigenthümlich, welche zur Zeit des bewieſenen Todes, oder damals, als der Abweſende verſchollen, deſſen nächſte Verwandten waren. Da kan es ſich denn ereignen, daß derjenige, der die Adminiſtration des Vermögens zeither gehabt hat, ſolches einem nähern Verwandten erb- und eigenthümlich überlaſſen muß. Zum Beyſpiel:



E

x) *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1397.

y) *Leyſer* Sp. 97. Med. 4.

z) *Mevius* P. II. deciſ. 61.

E iſt im Jahr 1720 gebohren, geht 1756 in die Fremde, und läßt in dreyzehn Jahren nichts von ſich hören. Im Jahr 1770 ſucht D um die Adminiſtration des Vermögens deſſelben nach, weil er der nächſte Verwandte iſt: und im Jahr 1790, wird E für todt erklärt. Hier bekömmt nach **gemeinem Sächſiſchen Rechte** C deſſen Vermögen und D muß es ihm ausantworten. Der Grund iſt, weil der Grosvater des C, zur Zeit da der Abweſende verſchollen, nämlich im Jahr 1756, der nächſte Verwandte deſſelben war, und dem D vorgieng. Dieſes Recht auf das Vermögen des Abweſenden, iſt auf ſeinen Sohn und Erben B, und von dieſem auf den C übergegangen.

Ein Anders wäre es, wenn die Zeit, da der Abweſende mit Tode abgegangen, bewieſen werden könnte. Als er wäre im Jahr 1781 mit Tode abgegangen. Hier würde D das unter ſeiner Adminiſtration habende Vermögen behalten, weil er zur Zeit des erfolgten Ablebens des Abweſenden, deſſen nächſter Anverwandter war a).

§. 512.

Gegen dieſe Imploration können mancherley **Eintreden** gebraucht werden. Als:

1) **Der Abweſende ſey nicht verſchollen.**

a) §. 7. I. de hered. quae ab inteſt. defer. §. 6. I. de legit. agnat. ſucc. *Koch* diſs. vtrum abſentium ſucceſſio fiat ex nunc, an ex tunc? gleich zu Anfange.

Wenn deſſen Aufenthaltsort bekannt iſt, ſo muß von ihm Nachricht eingezogen werden, wie er es mit ſeinem Vermögen gehalten wiſſen will. Der Implorat muß aber darthun, wo der Abweſende ſich aufhalte.

2) **Implorant ſey kein Verwandter des Abweſenden.** Hier muß dieſer die Verwandſchaft beweiſen.

3) **Implorat ſey ein eben ſo naher, oder ein noch näherer Verwandter, als Implorant.** Dies hat er aber darzuthun; denn wenn der Implorant die Verwandſchaft mit dem Abweſenden dargethan hat, ſo wird vermuthet, daß er der nächſte ſey, ſolange bis der Andre das Gegentheil erweißt b). — Hingegen kan der Implorat dem Imploranten nicht entgegen ſetzen: **daß ein Dritter, mit dem Abweſenden näher verwandt ſey.** Denn dieſer Punct iſt eine exceptio de jure tertii und geht den Imploranten nichts an.

4) **Implorat beſitze vom Vermögen des Abweſenden nichts;** könne daher nichts zur Adminiſtration abtreten. In dieſem Fall hat der Implorat den angeblichen Beſitz zu beſcheinigen.

5) **Implorat habe mehr Recht zur Adminiſtration, als Implorant.** Wenn z. B. ein Vaſall abweſend iſt, welcher noch nicht für todt erklärt werden kan, ſo gehören die Nutzungen des Lehns den Allodialerben; daher können dieſe auch vor den Lehnsfolgern die Adminiſtration des Lehns verlangen, denn ſie haben deshalb mehr Recht, als die Lehnsfolger.

6)

b) *Leyſer* Sp. 98. Med. 9.

6) Der Abweſende habe Imploraten die Verwaltung ſeines Vermögens übertragen; welches dieſer aber freylich beweiſen muß.

Von

der imploratione pro obtinenda ſucceſſione in bona diu abſentis.

§. 513.

Dieſe Imploration unterſcheidet ſich von der vorhergehenden auf eine doppelte Art. 1) Jene findet Statt, wenn ein verſchollener, abweſender Anverwandte noch nicht ſo alt iſt, daß er für todt erklärt werden kan; dieſe hingegen muß gebraucht werden, wenn er für einen ſolchen erklärt werden kan.

2) Durch jene wird nur die einſtweilige Adminiſtration des Vermögens des Abweſenden geſucht; durch dieſe hingegen verlangt man das Vermögen ſelbſt erb- und eigenthümlich.

Alſo nur dann erſt, wenn der Verſchollene ſo alt worden iſt, daß er von der Obrigkeit für todt erklärt werden kan, iſt von dieſer Imploration Gebrauch zu machen. Die Erklärung eines Abweſenden für einen Todten, geſchieht nach gemeinem Rechte, eher nicht, als wenn derſelbe ſein ſiebenzigſtes Lebensjahr zurückgelegt, und alſo das gewöhnlichſte Ziel des menſchli-

chen

chen Lebens erreicht hat c). Wenn indeſſen beſondere Umſtände vorwalten, welche vermuthen laſſen, daß der Todt eines Menſchen früher erfolgt ſey — z. B. wenn bekannt wäre, daß ſolcher ſich in großer Lebensgefahr entweder zu Waſſer, in einem Schifbruche, oder zu Lande, in einer Kriegsſchlacht, befunden — ſo können ſolche veranlaſſen, daß die Obrigkeit den Abweſenden, auch noch ehe von ſeiner Geburt an ſiebenzig Jahre verfloſſen ſind, für todt zu erklären, ſich bewogen ſieht d). In verſchiedenen deutſchen Landen ſind frühere Termine zur Erklärung Verſchollener, pro mortuis, beſtimmt e).

§. 514.

c) *Carpzov* in jurispr. for. P. III. Conſt. 15. def. 57. num. 11. *Ferdin. Aug. Hommel* diſſ. Septuagenarius abſens factus, quando mortuus praeſumatur? Lipſ. 1751.

d) *Leyſer* in medit. ad pand. Sp. 96. med. 5. *Frid. Behmer* in novo jure controv. T. II. obſ. 98. und Joh. Ludw. Schmidt's öffentliche Rechtsſprüche; Num. III. §. 5.

e) Man ſehe z. B. das Königlich Preußiſche Edict vom 27. Octob. 1763; das Herzoglich-Sachſen-Altenburgiſche Patent vom 7. Dec. 1767, und das Herzoglich-Sachſen-Weimariſche Mandat vom 20. Aug. 1777. Nach gedachtem Weimariſchen Geſetz können die nächſten Verwandten des Abweſenden, um Erklärung deſſelben für einen Todten, und um Verabfolgung ſeines Vermögens, alsdenn nachſuchen, wenn die zur Verwaltung des letztern durch Vormünder feſtgeſetzten 10 Jahre (die von dem Tage ihren Anfang nehmen, an welchem ſich der Abweſende aus den Weimariſchen Landen gewendet hat) verfloſſen, und durch keine vom Abweſenden, der Obrigkeit, oder einem der nächſten Blutsfreunde, ſein Leben und ſeinen Aufenthalt betreffende zuverläſſige Nachricht unterbrochen worden ſind. Denn dieſe Zeit wird unterbrochen und fängt jedesmal von neuem

§. 514.

Der Implorant iſt derjenige, welcher in Rückſicht auf die Zeit, da der Abweſende verſchollen, ſein nächſter, oder gleich naher Anverwandter iſt (nämlich als der Implorant); weil die mehreſten Menſchen nach der täglichen Erfahrung noch vor dem 70ſten Lebensjahre ſterben, und alſo zu vermuthen ſteht, daß dem Abweſenden zu der Zeit, als er verſchollen, ein gleiches wiederfahren ſey, ſonſt würde man doch bis zu Ende ſeines 70ſten Jahres, wenigſtens ein einzigesmal von ſeinem Leben Nachricht erhalten haben f). Auch dem

neuem an zu laufen, ſo oft der Abweſende der Obrigkeit welcher die Obſorge für ſein Vermögen obliegt, oder einem ſeiner nächſten Blutsfreunde, von ſeinem Leben und Aufenthalt zuverläßige Nachricht ertheilt.

f) *Schilter* exerc. 15. th. 71. *Lyncker* vol. I. reſp. 5. und in annot. ad. *Struvii* ſynt. jur. civ. Lib. V. Tit. 3. th. 66. *Wernher* P. III. obſ. 48. *Engau* in deciſ. et reſponſ. P. II. n. 3. 4. ferner in elem. jur. germ. Lib. I. Tit. 28. §. 482. 487., und in progr. de cura abſentium. Jena 1753. pag. 11. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 562. 1397. *Schorch* in tr. de cura bonorum abſentis §. 23. ſq. *Ioh. Fr. Piel* diſs. inaug. de translatione bonorum abſentis vel probata morte vel praeſumta demum efficaci. Goett. 1768. Andere halten jedoch dafür, die Succeſſion in das Vermögen des Abweſenden gehöre demjenigen, welcher gleich nach dem Ende des 70. Jahres, des Verſchollenen nächſter oder gleich naher Anverwandter ſey, und alſo komme nur dieſem gegenwärtiges Rechtsmittel zu. Dieſe Meinung vertheidigen: *Reinharth* ad Chriſtinaeum, Vol. III. obſ. 35. *Leyſer* Sp. 96. Med. 9. *Koch* de ſucceſs. ab int. auctor. II. *Ferd. Aug. Hommel* in der angezogenen Diſſertation. *Car. Ferd. Hommel* in rhapſod.

dem Erben dieſes Anverwandten kömmt dieſe Implo-
ration zuweilen zu Statten; nämlich alsdenn, wenn der Verſtorbene entweder noch bey ſeinem Leben durch vorhergehende Erklärung, daß er die Güter des Abweſenden, als deſſen Anverwandter in Anſpruch nehmen wol-

Cod. obſ. 207. Struben in den rechtlichen Bed. 3. Th. Num. 104 und Claproth in den ſummariſchen Proceſſen, §. 224. Zur Unterſtützung derſelben führen ſie an, weil alsdenn der Verſchollene, den Rechten nach, erſt für todt erklärt werden könne. Allein, iſt dieſes gleich richtig, daß der Verſchollene alsdann erſt für todt erklärt werden kann; ſo irren doch gedachte Rechtslehrer, wenn ſie daraus folgern wollen, daß er juſt nach dem Ende des 70. Jahres verſtorben ſeyn müſſe. Dies iſt, wie gedacht, der täglichen Erfahrung zuwider. Wir müſſen vielmehr annehmen, die Verſchollenheit giebt lediglich den Grund ab, weshalb der Abweſende für todt erklärt werden kan, und die Todeserklärung enthält weiter nichts, als daß der Abweſende nunmehro da, er das 70. Jahr ſeines Alters zurückgelegt hat, ſeit der Zeit da er verſchollen, für geſtorben zu achten ſey. Das iſt die Zeit ſeines nunmehro anzunehmenden Ablebens: auf die Zeit des Ablebens aber kommt es bey jeder Beerbung an §. 7. I. de legit. agn. ſucc. — So würde nach dem oben, §. 511. erſichtlichen, Schema, wenn der Abweſende E im Jahr 1790 für todt erklärt würde, vermöge der Meinung Schilters, und der übrigen in der Note c) angezogenen Rechtslehrer, nicht D, ob er gleich zur Zeit der Todeserklärung der nächſte Verwandte des E iſt, deſſen Vermögen bekommen, ſondern es würde dem C zufallen, weil ſein Grosvater A, zur Zeit da E verſchollen, nämlich nach dem gegebenen Beyſpiel, im Jahr 1756. der nächſte Verwandte deſſelben war und ſein Recht, ſolchen zu beerben, erſt auf ſeinen Sohn B und von dieſem auf den C übergegangen iſt. — (Es iſt hier nicht der Ort, die Gründe beyder Partheyen umſtändlich zu prüfen. Ich meines Orts, halte die Leyſeriſche und der übrigen Meinung der Analogie des römiſchen Rechts für gemäßer). H.

wolle, erklärt, oder durch die Erbſchaftsvererbung ein Erbrecht auf ſeinen Erben gebracht hat (§. 511). Denn wenn keins von beyden vorhanden iſt, weder die Antretung, noch die Transmiſſion der Erbſchaft, ſo hat der Erbe kein Recht aus der Perſon des verſtorbenen Anverwandten.

§. 515.

Als **Implorat** iſt jeder zu betrachten, welcher vor dem Imploranten auf das Vermögen des verſchollenen Abweſenden kein näheres, oder mit dem erſtern kein gleich nahes Recht hat; welches zuweilen auch der ſeyn kan, welcher das Vermögen des Abweſenden zeither gegen Caution verwaltet hat (§. 511).

§. 516.

In der **Imploration** hat der Implorant folgende beyden Stücke anzuführen:

1) daß derjenige, deſſen Vermögen er erb- und eigenthümlich haben will, **verſchollen** ſey, welches zugleich ſo viel als möglich, und wahrſcheinlich zu machen iſt;

2) daß er in Rückſicht auf die Zeit, da der Abweſende verſchollen, deſſen nächſter, oder gleich naher Verwandter ſey. Die Verwandſchaft hat er durch ein der Imploration beyzufügendes, und mit richtigen Zeugniſſen aus den Kirchenbüchern zu belegendes Verwandſchaftsſchema, darzuthun.

Das

Das Geſuch muß dahin gerichtet werden: durch gewöhnliche Edictalien, ſowohl den verſchollenen Abweſenden, als auch alle diejenigen, welche an deſſen Vermögen aus irgend einem rechtsbeſtändigen Grunde Anſprüche zu haben, vermeinen, auf einen eine dreyfache peremtoriſche Friſt enthaltenden Termin, unter der Verwarnung vorzuladen, daß, nach deſſen Ablauf, der nicht erſchienene Abweſende für todt erklärt und Niemand mit ſeinen Anſprüchen weiter gehört, noch in den vorigen Stand darwider eingeſetzt, ſondern das Vermögen dem Imploranten ohne Caution erb- und eigenthümlich überlaſſen werden ſolle. — Iſt jedoch das Vermögen des Abweſenden unbeträchtlich, ſo wird nach der Praxis, von der ſonſt bey Erlaſſung dergleichen Citationen zu beobachtenden Förmlichkeit zuweilen, um Koſten zu erſparen, abgegangen, und die Edictalien, ſtatt daß ſolche in dreyer verſchiedenen Herren Landen angeſchlagen werden, nur in eben ſo viele öffentliche Zeitungsblätter inſerirt. Daher kan der Implorant in einem ſolchen Fall darum bitten d).

§. 517.

Wenn die in den Edictalien anberaumte Tagefarth eingetreten iſt; ſo laſſen ſich folgende Fälle gedenken:

I)

d) In verſchiedenen Landen müſſen die implorirenden Verwandten, ehe der Richter die Edictalien erläßt, vorher den Mangel glaubwürdiger Nachrichten von des Abweſenden Leben und Aufenthalt eydlich erhärten; und ſie haben ſich zu die-

I) Daß der Abweſende entweder ſelbſt erſcheint, oder ſich in ſolcher ſonſt anmeldet. Hier muß ihm, wenn er zuvörderſt für den verſchollen geweſenen anerkannt worden, oder als ſolcher ſich legitimirt hat, ſein Vermögen wieder überantwortet werden, und der Implorant muß mit ihm ſeine Anſprüche ausmachen.

II) Daß ſich, außer dem Imploranten, Leibes- oder Teſtamentserben des Verſchollenen, die ſich auf ein von ihm in ſeiner Abweſenheit errichtetes Teſtament gründen, melden. Die angeblichen Teſtamentserben müſſen ihr Erbrecht durch Vorzeigung eines zu Recht beſtändigen Teſtaments, darthun. Die Leibeserben aber müſſen, falls nicht etwa der Abweſende, vor ſeinem Weggange ein Teſtament niedergelegt hat g), die Blutsfreundſchaft, in der ſie mit demſelben zu ſtehen, vorgeben, erweiſen, und den etwa über die Nähe des Grads entſtehenden Streit unter ſich ausmachen. Nun kan entweder der Tod des Abweſenden von ihnen bewieſen werden, oder nicht. Im erſtern Fall bekommen diejenigen Verwandten deſſen Vermögen, welche zur Zeit des erwieſenen Todes die nächſten waren. Im letztern Fall aber die nächſten in Rückſicht auf die Zeit, da der Abweſende verſchollen (§. 514).

Hieraus ergiebt ſich denn, was der, oder diejenigen, die ſich im Termine melden, und welche als Imploraten an-

dieſem Ende gleich in der Imploration anzuerbieten. Z. B. im Weimariſchen, nach dem oben angezogenen Mandat.

g) Denn wenn dieſes geſchehen iſt, ſo bekömmt der darinne rechtsbeſtändig eingeſetzte Erbe das Vermögen.

anzuſehen ſind, dem Imploranten exceptiviſch entgegenſetzen können.

Nämlich:

1) Es könne der Verſchollene zur Zeit noch nicht für todt erklärt werden.

2) Man ſey dermalen der nächſte Verwandte des Abweſenden und habe alſo nach den Landesgeſetzen den Vorzug vor Imploranten.

3) Man ſey dem Verſchollenen gleich nahe verwandt.

4) Der Abweſende ſey todt und man ſey von ihm in einem Teſtamente zum Erben eingeſetzt worden.

Wenn nun die anberaumt geweſene Tagefahrt, ohne daß der Verſchollene in ſolcher erſchienen, oder ſich wenigſtens gemeldet hat, verfloſſen iſt; ſo wird derſelbe durch ein richterliches Erkenntniß für todt erklärt und ſeine Güter demjenigen, ohne Caution zugeſprochen, welcher das nächſte Recht darauf dargethan hat. Zugleich aber werden alle, die im Termin nicht erſchienen ſind, mit ihren Anſprüchen gänzlich ausgeſchloſſen h), und angedrohetermaßen ihrer Forderung und der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand verluſtig erklärt.

Sollte es ſich fügen, daß der für todt erklärte Abweſende wiederkäme, oder Erben von ihm ſich einfän-

h) Die Erkenntnißformel ſiehe in des Verfaſſers Theorie der ſummariſchen Proceſſe, §. 166. Note e).

ſänden und die Zurückgabe des ausgeantworteten Vermögens verlangten; ſo können entweder von dem für todt Erklärten, oder von ſeinen Erben erhebliche Urſachen angeführt werden, warum ſie von ſich keine Nachricht zu ertheilen und der erlaſſenen öffentlichen Ladung Folge zu leiſten, auſſer Stande geweſen, oder nicht. Im erſten Fall kan ihnen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht verſagt werden, und das bereits ausgeantwortete Vermögen iſt ihnen, inſoweit als der Beſitzer dadurch reicher geworden i) zurückzugeben. Im letztern Fall aber kömmt ihnen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht zu Statten k).

2) Von der imploratione pro obtinenda obſignatione judiciali rerum hereditariarum.

§. 518.

Ein anderes Rechtsmittel, wodurch der Weg zur Succeſſion in die Güter eines Verſtorbenen, erſt gebahnt wird, (§. 507.) iſt die Imploration um vor-

i) Denn dieſer iſt ein guter Beſitzer, und es treten hier die Grundſätze ein, welche zur Anwendung kommen, wenn ein ſolcher Beſitzer eine Erbſchaft wieder abtreten muß. L. 20. §. 6. ſqq. L. 22. 25. §. 6. ſqq. L. 36. §. 4. L. 40. §. 1. D. de heredit. petit. *Berger* oecon. jur. lib. 1. tit. 4. th. 6. not. 10.

k) Des Verfaſſers Theorie der ſumm. Proc. §. 167.

vorzunehmende gerichtliche Verſiegelung beweglicher Erbſchaftsſachen (*imploratio pro obtinenda judiciali obſignatione rerum hereditariarum*). — Die gerichtliche Verſiegelung (obſignatio judicialis) iſt überhaupt die Handlung, da Obrigkeitswegen ein gewiſſer Inbegriff beweglicher Sachen durch das Gerichtsſiegel zu dem Ende in Verwahrung genommen wird, damit Niemand, beſonders derjenige, bey welchem ſich dieſe Sachen befinden, zum Nachtheil desjenigen, welcher auf ſolche rechtmäßigen Anſpruch hat, Etwas davon entwendem). Sind dieſe Sachen der Nachlaß eines Verſtorbenen, ſo heißt ſie die gerichtliche Erbſchaftsverſiegelung (obſignatio judicialis *rerum hereditariarum*), und wird entweder vom Richter Amtswegen (exofficio), oder auf Nachſuchen vorgenommen.

Amtswegen iſt der Richter, den Nachlaß Verſtorbener zu verſiegeln, in folgenden Fällen berechtiget:

1) wenn der Erbe des Verſtorbenen ungewiß iſt. Z. B. ein Durchreiſender erkrankt plötzlich an einem Orte und ſtirbt; man weiß aber nicht, wer ſeine Erben ſind. — Oder: man weiß zwar, daß der Verſtorbene Verwandten hinterlaſſen hat, allein es iſt unbekannt, welchem von ſelbigen das nächſte Recht auf die Erbſchaft zuſteht.

2)

m) *Iac. Lembken* diſſ. de obſignatione judiciali. Roſt. 1691. *Carl Gottl. Knorre* diſſ. deobſignatione judiciali. Hal. 1722. 1738. *Claproth* in primis lineis jurisprud. etxrajud. Sect. II. ſp. II. Membr. I. Cap. II. Tit. 15. — Dieſe Handlung iſt übrigens nicht römiſchen, ſondern deutſchen Urſprungs.

2) Wenn Abweſende, oder Unmündige als Erben concurriren.

3) Wenn das Intereſſe des Fiscus ſolches erfordert. Z. B. wenn der Verſtorbene eine öffentliche Caſſe zu verwalten gehabt hat — oder wenn der Fiscus demſelben ex jure albinagii, oder wegen eines von ſolchem begangenen Verbrechens ſuccedirt.

Außer dieſen Fällen kan zur Verſiegelung anderergeſtalt nicht, als wenn darum nachgeſucht wird, geſchritten werden; zu einem ſolchen Nachſuchen aber iſt nur derjenige, welcher entweder allein, oder mit einem Andern zugleich, wahrſcheinlicherweiſe des Verſtorbenen Erbe iſt, berechtiget. Letzterer Umſtand begründet das Intereſſe, die Verſiegelung mit Recht fordern zu können. Z. B. der Verſtorbene hinterläßt eine Wittwe und Kinder erſter Ehe, und jene ſitzt in dem Vermögen ihres Mannes.

Das Nachſuchen um die Verſiegelung geſchieht blos mittelſt einer Imploration, worinne das Intereſſe, das man dabey habe, anzuführen iſt.

Was die Art und Weiſe anlangt, wie bey der Verſiegelungshandlung zu Werke gegangen wird, ſo iſt kürzlich folgendes zu bemerken.

1) Sie geſchieht von dem Richter, welchem über den Verſtorbenen die Gerichtsbarkeit in der erſten Inſtanz zugeſtanden hat. Hat der Verſtorbene einen befreyten Gerichtsſtand gehabt, ſo gebührt dem Richter dieſes Gerichtsſtandes, nicht aber dem judici rei ſitae die Verſiegelung. Eine Ausnahme iſt jedoch, wenn das forum privilegiatum nicht an dem Wohnorte des Verſtorbenen und ſolchergeſtalt periculum in mora

vor-

vorhanden iſt; doch muß in dieſem Fall, ſogleich nach geſchehener Verſiegelung, an den höhern Richter Bericht erſtattet werden. — Wird die Verſiegelung Amtswegen verfügt, ſo muß ſie ſogleich nach erhaltener Nachricht von dem Tode geſchehen.

2) Der Richter unterzieht ſich ſolcher entweder ſelbſt, oder er ordnet gewiſſe Gerichtsperſonen dazu ab, und zwar entweder wenigſtens zwey derſelben, oder einen Actuar mit Schöppen l), die ſich an den Ort, wo die zu verſiegelnden Sachen ſich befinden, begeben.

3) Die anweſenden Verwandten des Verſtorbenen, ingleichen der Hauswirth u. ſ. w. werden dazu gezogen und bedeutet, alles was dem Verſtorbenen eigenthümlich zugehört hat, zur Stelle zu ſchaffen.

4) Zuvörderſt werden diejenigen Sachen, welche bey der Beerdigung, oder zur Unterhaltung der Familie, oder ſonſt nöthig ſind, ingleichen diejenigen, welche leicht verderben, aufgezeichnet, und einem der Anweſenden, gegen Angelobung, dafür zu ſtehen, und gegen einen Empfangſchein, ausgeantwortet.

5) Alle andere Sachen, die ſich leicht von der Stelle ſchaffen laſſen, werden in ſichere Zimmer, oder Behältniſſe, z. B. in Schränke, Kiſten, u. ſ. w. gebracht, und dieſe, nachdem ſie verſchloſſen worden, mit dem Gerichtsſiegel dergeſtalt bedruckt, daß ohne deſſen Verletzung nichts herausgenommen werden kan.

l) Vermöge des c. 28. X. de teſtibus. (Siehe von Trützſchlers) Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze, inſonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, 1. Theil, 3. Hauptabtheil. 4. Hauptſt. §. 3.

— Solche Sachen, die ſich nur ſchwer von der Stelle ſchaffen laſſen, werden blos im Protokoll conſignirt.

6) Die im Hauſe ſich befindenden Perſonen werden gewarnt, ſich an den Siegeln nicht zu vergreifen, und auf den Fall, daß ſolche ohne ihr Vorbewuſt und Verſchulden verletzt würden, es ſofort dem Gericht anzuzeigen.

7) Ueber das Verſiegelungsgeſchäft wird ein genaues Protokoll gefertiget, und darinne ſowohl die Zimmer und Behältniſſe, welche verſiegelt worden, als auch die unverſiegelt gebliebenen Sachen, namentlich angegeben.

3) Von der imploratione de edendo inventario, aut jurata ſpecificatione.

§. 519.

Zu den Rechtsmitteln, wodurch der Weg zur Erbfolge gebahnt wird, gehört: III) die Imploration, mittelſt welcher der Richter angegangen wird, Jemanden zur Darlegung eines Inventariums, oder ſtatt deſſen einer eydlich zu beſtärkenden Specification über eines Verſtorbenen Nachlaß, anzuhalten (*imploratio de edendo inventario, aut jurata ſpecificatione*). Ein **Inventarium** iſt ein unter öffentlicher Autorität gefertigtes Verzeichniß gewiſſer, irgendwo angetroffener Sachen,

chen. Es entſteht durch die **Inventur** oder die Aufzeichnung ſolcher Sachen, welche entweder auf **Nachſuchen** eines Intereſſenten, mittelſt gegenwärtiger Imploration, veranſtaltet, oder vom Richter **Amtshalber** unternommen wird. Dieſes letztere geſchieht meiſtentheils nur in den Fällen, wenn die Erbſchaft verſchuldet iſt, oder die Rechte des Fiscus eintreten (§. 518); bey Unmündigen und Abweſenden wird nicht ſelten die Inventur, zur Erſparung der Koſten, den Vormündern überlaſſen, falls ſie angeſeſſen ſind, und Caution beſtellen, den Richter erforderlichen Falls zu vertreten m).

Die Inventur iſt entweder eine **gerichtliche**, oder eine **außergerichtliche**, je nachdem ſie von der Obrigkeit, oder von einem Notar verrichtet wird n), und es iſt von ſolcher folgendes zu bemerken.

1) Wenn eine Verſiegelung vorhergegangen iſt, ſo werden zuvörderſt die Siegel unterſucht, ob ſie noch unverſehrt ſind.

2) Alsdenn erfolgt die **Aufſiegelung** (reſignatio), ſo wie

3) die Beſtellung und Vereydung gewiſſer Kunſtverſtändigen zur Schätzung der inventirten Stücke, woferne nicht bereits, wie an den mehreſten Orten der Fall iſt, zu ſolchen Geſchäften gewiſſe Perſonen verpflichtet ſind.

4)

m) Anleitung zur vorſichtigen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze, a. a. O. §. 6. Note a).

n) Rößlin von Inventuren und Erbtheilungen, auch andern dahin einſchlagenden Materien. Mannheim 1780.

4) Alle Sachen werden, ſo wie ſie ſich finden, ohne weitere Ordnung, jedoch nach Zahl, Maaß und Gewicht, auch mit Beyfügung der Taxe, aufgezeichnet, dabey auch ſolche Sachen nicht weggelaſſen, welche zwar nicht des Verſtorbenen Eigenthum ſind, doch ſich in deſſen Verwahrung befinden.

5) Ueber das Inventurgeſchäft wird ein Protokoll gefertiget, und aus dieſem Protokoll in der Folge das Inventarium ſelbſt, nach einer gewiſſen ſchicklichen Ordnung, verfaſſet o).

Die ausführliche Abhandlung dieſer Materie gehört in die auſſergerichtliche praktiſche Rechtsgelahrtheit.

Von einem Inventarium iſt eine eydliche Specification (ſpecificatio jurata) unterſchieden. Darunter wird ein ſolches Verzeichniß gewiſſer Sachen, beſonders Erbſchaftsſachen verſtanden, welches derjenige, von dem ſolches gefordert wird, ohne Zuziehung der Obrigkeit, oder eines Notars, blos für ſich gefertiget und hernach als richtig beſchworen hat p). In Sachſen iſt ein ſolches beſchwornes Verzeichniß von eben

o) Die in der L. vlt. §. 2. 3. de jure deliber. enthaltenen römiſchen Vorſchriften, wie bey der Verfertigung eines Erbſchafts-Inventariums zu Werke gegangen werden ſoll, werden heut zu Tage nicht mehr beobachtet. *Wachau* diſs. de ſolennitatibus et effectibus inventarii hereditat. Cap. II. Alt. 1726.

p) *Car. Frid. Walch* diſs. de jurata ſpecificatione, loco inventarii exhibita. Ienae 1790.

der Kraft und Gültigkeit, wie ein Inventarium q). Auſſer Sachſen aber nicht r).

Jeder, der auf eines Verſtorbenen Verlaſſenſchaft einen gegründeten Anſpruch zu machen, berechtiget iſt, kan von dem, welcher ſothanen Nachlaß ſich angemaaßt und ſolchen bisher verwaltet hat, ein richtiges Inventarium dieſer Verlaſſenſchaft, oder ſtatt deſſen ein mittelſt Eydes zu beſtärkendes Verzeichniß verlangen s). Der **Grund** gegenwärtiger Imploration iſt daher die Verbindlichkeit eines Andern zur Darlegung eines Inventariums, oder eines eydlich zu beſtärkenden Erbſchaftsverzeichniſſes. Sie iſt übrigens, weil ſie insgemein ein präparatoriſches Rechtsmittel iſt, das vor einer andern ordentlichen Klage, z. B. vor der actione ſuppletoria, wovon untern (§. 549. u. ſ. f.), vorhergeht, eine ſummariſche Klage.

§. 520.

Der **Implorant** iſt jeder, welcher ein beſonderes Intereſſe hat, den Beſtand der Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen, die er ſich angemaaßt hat, zu erfahren; ingleichen deſſen Erbe, z. B. ein Vater von zwey Söhnen und einer Tochter, errichtet über ſein Vermögen eine Diſpoſition, vermöge welcher jene Vieles vor ihrer Schweſter voraus haben ſollen. Nun maaßen ſich die beyden Brüder, nach deſſen Todte, den Nachlaß an;

q) *Leyſer* Sp. 365. med. 1.

r) *Pufendorf* Tom. II. obſ. 101. Struben in den rechtl. Bedenken 3. Theil. S. 314.

s) *Ant. Faber* in cod. Lib. III. Tit. 19. def. 33. num. 3.

an; ihre Schweſter aber glaubt, durch die Diſpoſition im Pflichttheil verkürzt worden zu ſeyn, und verlangt von ihnen die Edition eines Inventariums (oder einer eydlich zu beſtärkenden Specification), welche ſie aber nicht erlangen kan. Hier kan ſie ſich der Imploration, von welcher dermalen die Rede iſt, bedienen, und ihre Brüder können ſich auch der Verbindlichkeit zur Ausantwortung eines Inventariums (einer Specification) nicht entziehen, weil bey Beſtimmung des Betrags des Pflichttheils **darauf** Rückſicht genommen werden muß, wie der Vermögensbeſtand des Erblaſſers zur Zeit ſeines Ablebens beſchaffen geweſen t).

§. 521.

Der **Implorat** iſt der, welcher ſich den Nachlaß eines Verſtorbenen angemaaßt, und ſelbigen bisher verwaltet hat, ob er gleich die Güter jetzt nicht mehr beſitzen ſollte, ingleichen deſſen Erbe. Auch die Mutter muß ihren Kindern von dem Vermögen ihres verſtorbenen Mannes, ein Inventarium, oder eine eydliche Specification ediren v); denn die Geſetze befreyen davon nur den Vater, wegen ſeiner väterlichen Gewalt. Z. B. ein Vater hat ſeine Frau und Kinder zu Erben eingeſetzt, ſo daß jene die eine Hälfte, und dieſe die andere bekommen, und die Mutter den Nießbrauch von Allem genießen ſoll. Hier können die Kinder, wenn die Mutter im Beſitz iſt, von ihr ein Inventarium oder eine eydliche Specification, und zugleich cautionem uſufructuariam fordern.

§. 522.

t) L. 6. C. de inoffic. teſtam.

v) *Carpzov* Lib. VI. reſp. 69. P. III. conſt. 20. def. 9. *Finkelthaus*, obſ. 76. num. 19. 20.

§. 522.

Das Geſuch wird, wie gedacht, dahin gerichtet: daß dem Imploraten auferlegt werden möge, ein zu Recht beſtändiges Inventarium, oder, ſtatt deſſen, ein eydlich zu beſtärkendes Verzeichniß des Nachlaſſes des verſtorbenen N. N. Imploranten auszuantworten, und von der geführten Verwaltung gebührende Rechnung abzulegen. Leiſtet der Implorat dem richterlichen Ausſpruch keine Folge, ſo wird der Implorant zum Würderungseyde gelaſſen. Dieſer Eyd findet z. B. wider einen Vormund Statt, welcher, ein Inventarium zu verfertigen, vernachläßiget hat x). Doch geht eine gerichtliche Moderation und Taxation vor dem Eyde vorher y).

§. 523.

Es können aber gegenwärtiger Imploration folgende Einreden entgegengeſtellt werden:

1) Beklagter habe ſich den quäſtionirten Nachlaß nicht angemaßt. Hier muß der Implorant dieſen abgeleugneten Klaggrund beweiſen.

2) Die Sachen gehörten Imploraten zu eigen. Z. B. die nächſten Anverwandten eines verſtorbenen Ehemannes fordern von deſſen Witwe die Fer-

x) *Wernher* P. IX. obſ. 87.

y) *Carpzov* P. III. conſt. 33. def. 16.

Fertigung eines Inventariums deſſen Nachlaſſes. Die Witwe aber ſpricht: dazu bin ich nicht befugt, denn der Nachlaß gehört mir, weil mich der Verſtorbene zum Erben eingeſetzt hat! — Oder der auf Herausgabe eines Inventariums belangte Vormund eines Unmündigen, ſchützt gegen die Geſchwiſter deſſelben vor: er habe ſich nur diejenigen Sachen, welche ſeinem Pflegbefohlnen von deſſen verſtorbenem Vater vermacht worden, angemaßet. Jene können jedoch repliciren: ſie glaubten, im Pflichttheil verkürzt zu ſeyn, und es müſſe ihnen ein Verzeichniß von dem Angemaaßten zu dem Ende vorgelegt werden, um zu erfahren, was zur Zeit des Ablebens des Vaters alles vorhanden geweſen, um die Größe des Pflichttheils darnach beſtimmen zu können z).

3) Daß er nichts zur quäſt. Erbſchaft gehöriges empfangen habe.

4) Er habe ja ſchon einmal ein Inventarium edirt. Hierauf kan aber der Implorant repliciren: daß ſolches durch einen Unglücksfall, z. B. in einer Feuersbrunſt, zu Grunde gegangen a).

5) Der Verſtorbene habe die Fertigung eines Inventariums erlaſſen b). Hierauf dient zur Replik: dies ſey zum Nachtheil des Pflichttheils geſchehen c): ingleichen, ſie, Imploranten — z. B. die Gläubiger des Verſtorbenen — wären an dieſe Remi-

z) *Wernher* P. IV. obſ. 174.

a) *Wernher* P. VI. obſ. 404.

b) L. vlt. §. 1. C. arbitr. tut.

c) L. 32. C. de inoffic. teſtam. *Wernher* P. III. obſ. 96. *Hellfeld* in jurispr. for. §. 546.

miſſion nicht gebunden d). — So kan auch der Mann ſeiner Frau die Verfertigung eines Inventariums, oder einer eydlichen Specification, im Teſtamente zwar erlaſſen e); allein die Kinder können deſſen ungeachtet ein Verzeichniß von dem väterlichen Vermögen verlangen f). Und ob ſie gleich, wenn ſie mehr als den Pflichttheil aus dem Teſtamente erlangen, dieſes deshalb nicht anfechten können, weil ſie als Erben in Anſehung des übrigen, auſſer dem Pflichttheile, den Willen des Vaters befolgen müſſen; ſo iſt doch die Mutter verbunden, die Richtigkeit des gefertigten Privatverzeichniſſes eydlich zu erhärten, wenn gegründeter Verdacht gegen ſie obwalten ſollte, daß ſie in ſolchem betrüglicherweiſe einige Sachen verſchwiegen haben möchte g).

6) **Implorat ſey zur Fertigung eines Inventariums nicht verbunden.** So iſt der Vater von der Verfertigung eines Inventariums, oder einer eydlichen Specification frey h), und es iſt hinreichend, wenn er blos ein Privatverzeichniß aufſetzet i). Dieſe Einrede wird jedoch durch folgende Repliken deſtruirt: 1) daß der Vater wegen Verſchwendung, oder ſonſt, verdächtig ſey. Dieſer Replik muß aber wenn gegen den Vater auf Edirung eines Inventariums geklagt wird, in der Klage gedacht worden ſeyn, da-

d) *Berger* in oecon. jur. Lib. II. Tit. 4. th. 50. not. 9.

e) arg. L. vit. §. 1. C. arbitr. tut.

f) *Berger*, deciſ. 115.

g) *Wernher* P. IX. obſ. 159.

h) L. vlt. §. 4. C. de bonis quae liber.

i) L. ult. §. 4. C. de bon. quae liber.

damit der Richter die Klage nicht angebrachtermaaßen verwerſe k); 2) daß ſie, Imploranten, bereits emancipirte Kinder wären. Dieſen muß der Vater, im Mangel eines Inventariums, von deren mütterlichen Vermögen eine eydlich zu beſtärkende Specification ediren l), weil er nur wegen ſeiner väterlichen Gewalt von der Verfertigung eines Inventariums frey iſt; über bereits emancipirte Kinder aber iſt ihn keine väterliche Gewalt mehr zuſtändig, denn dieſe wird durch die Emancipation aufgehoben. Dies gilt heut zu Tage auch von ſolchen Kindern, welche ihre eigne Haushaltung angeſtellt haben.

8) **Das Geſuch um ein auszuantwortendes Inventarium hätte in einem andern** *foro* **angebracht werden ſollen.** Es wird nämlich die Edition eines Inventariums, oder einer eydlichen Specification, **entweder** bey der erhobenen Erbſchaftsklage, **oder** beſonders, durch dieſe Imploration geſucht. Iſt jenes, ſo wird die Edition mit der Erbſchaftsklage zugleich in foro rei ſitae verlangt. Iſt dieſes, ſo kan es nicht in foro rei ſitae geſchehen, ſondern man muß in foro geſtae adminiſtrationis, oder wenigſtens in foro domicilii klagen. Doch iſt das erſte ſicherer, weil es ein forum neceſſarium iſt, welches mit dem foro domicilii nicht electiviſch concurriret (§. 74).

Beym Schluſſe dieſer Materie iſt noch zweyerley zu bemerken:

1)

k) *Wernher* P. I. obſ. 92. num. 7.

l) *Wernher* P. VII. obſ. 18. *Berger* deciſ. 112. num. 8.

I) Wenn der Implorant behauptet, daß das Vermögen mehr betrage, als das Inventarium oder die Specification beſaget, und ſich, dieſes darzuthun anerbietet, ſo muß er mit ſeinem Gegenbeweis zugelaſſen werden, denn ein Beweiß ſchließt einen Gegenbeweiß nicht aus, und weder ein Inventarium noch eine Specification, die der Specificant eydlich erhärten will, würken unumſtößliche Wahrheit, zumal da bey der letztern der Specificant für ſich ſelbſt zeugt m).

II) Die Pflicht, ein Inventarium, oder eine eydliche Specification zu ediren, findet nicht blos in dem Fall Statt, wenn Jemand den **Nachlaß** eines **Verſtorbenen** unter ſich hat, und ein Anderer, **um ſich den Weg zur Succeſſion in dieſen Nachlaß zu bahnen**, deſſen eigentlichen Beſtand von jenem angegeben haben will, ſondern ſie tritt überhaupt alsdenn ein, **wenn einer einen Inbegriff mehrerer fremder Sachen, in Verwaltung übernimmt**; und zwar bald vermöge eines Contracts, bald vermöge einer unmittelbaren geſetzlichen Verordnung. So müſſen z. B. **Procuratoren** und *negotiorum geſtores* n); **Vormünder**, nach Verordnung des römiſchen Rechts o), bey Uebernahme ihrer Vormundſchaft; ingleichen curatores bonorum p), Inventarien fertigen, um am En-

m) *Rivinus* ad Ord. Proc. Sax. Tit. 18. enunc. 149. Tit. 21. enunc. 50. *Wolfg. Ad. Schöpf* diſſ. de probatione contra inventarium. Tub. 1732.

n) *Carpzov* P. III. Conſt. 33. def. 7. *Hellfeld* in jurispr. for. §. 423.

o) L. 7. pr. D. de admin. et per. tutor.

p) *Carpzov* Lib. 1. reſponſ. 74. n. 11. *Stryck* in V. M. Lib. XLIII. Tit. 7. §. 3.

Ende ihrer Adminiſtration von den unter ſich gehabten Sachen Rechenſchaft geben zu können. Gründet ſich dieſe Verbindlichkeit auf einen Contract, ſo wird auf deren Erfüllung mittelſt der aus dem Contract entſpringenden Klage, z. B. mit der *actione mandati, negotiorum geſtorum*; gründet ſie ſich aber auf unmittelbar geſetzliche Verordnung, *actione in factum* geklagt.

Formular

einer Imploration de edendo inventario, vel jurata ſpecificatione.

P. P.

Mein Vater, der geweſene Königlich **ſche Hauptmann N. N., iſt vor einem halben Jahre, hier zu N. N. mit Todte abgegangen und hat in einem bey den Gerichten zu Thalwitz niedergelegten Teſtamente, mich und meinen jüngern Bruder, den Fürſtlichen Legationsſekretär, N. N. zu Erben ernennet, mich aber nur in den Pflichttheil eingeſetzt, gedachtem meinen Bruder hingegen, ſein ſämtliches, nach Abzug des mir ausgeſetzten Pflichttheils, übrigbleibendes Vermögen beſchieden. Nun wird wohl Niemand in Zweifel ziehen, daß mein Bruder, der Legationsſekretär N. N., den Rechten nach verbunden ſey, mir ein richtiges Inventarium oder wenigſtens ein Privatverzeichniß des Nachlaſſes meines Vaters, ſo wie er ſolches eydlich zu beſtärken vermag, zu ediren, damit ich erfahren möge, wieviel eigentlich der Nachlaß meines Vaters und der mir von ſel-

ſelbigem gebührende Pflichttheil betrage: allein, ungeachtet ich denſelben mehreremal an dieſe ſeine Schuldigkeit erinnert habe, ſo iſt er ſolcher doch bisjetzt noch nicht nachgekommen und ich ſehe mich daher in die Nothwendigkeit geſetzt, Ew. ꝛc. zu bitten:

Sie wollen geruhen, gedachtem meinem Brduer, daß er mir über den Nachlaß eingangsgedachten meines Vaters ein Inventarium (oder wenigſtens ein richtiges Privatverzeichniß, ſo wie er ſolches mittelſt Eydes zu beſtärken ſich getrauet) ausantworte, aufzuerlegen.

4. Von dem interdicto de tabulis exhibendis.

§. 524.

Endlich gehört zu den Rechtsmitteln, welche den Weg zur Succeſſion bahnen, IV) das *interdictum de tabulis exhibendis*. Das Wort: *tabulae*, bedeutet hier einen jeden **geſchriebenen** letzten **Willen**; er ſey ein **Teſtament** oder **Codicill**, mithin auch einen vor einem Notarius und Zeugen, zwar mündlich zu erkennen gegebenen, aber von jenem protokollirten, und in ein beglaubtes Inſtrument gebrachten letzten Willen q). Hat Jemand ein Intereſſe einen ſolchen geſchriebenen letzten Willen einzuſehen, ſo kömmt ihm das gegenwärtige Interdict zu Statten. Gedachtes Intereſſe macht den **Grund** deſſelben aus, und muß ſum-

q) L. 3. §. 8. D. ad exhibend.

ſummariſch beſcheiniget werden. Wegen anderer Inſtrumente, die in keinem letzten Willen beſtehen, muß actio ad exhibendum, oder eine andere Klage angeſtellt werden. Und hat der Verſtorbene ſeinen letzten Willen mündlich errichtet; ſo muß man die Zeugen darüber eydlich abhören laſſen.

§. 525.

Der Implorant iſt derjenige, dem in einem ſolchen letzten Willen etwas ausgeſetzt worden, und dem alſo daran gelegen iſt, den Inhalt deſſelben zu wiſſen, ingleichen deſſen Erbe. Dergleichen ſind die legatarii und fideicommiſſarii. Der Erbe ſelbſt braucht dieſes Interdict nicht anzuſtellen, wenn er **durch die Antretung der Erbſchaft ſchon würklich Erbe geworden**, ſondern er kan als Erbe die tabulas ultimae voluntatis vindiciren und deshalb vorher actionem ad exhibendum anſtellen r). **Hat er aber die Erbſchaft noch nicht angetreten**, ſo gehören auch die tabulae noch nicht ſein, und da kan er ſich dieſes Interdicts bedienen, er ſey der heres directe inſtitutus, ſowohl primus als ſubſtitutus s). — Will der Teſtirer ſelbſt bey ſeinem Leben das Teſtament von einem Dritten heraus haben, ſo hat er es dieſem **entweder** aufzuheben gegeben, **oder** es iſt ſonſt, ohne ſeinen Willen, in deſſen Hände gekommen. Im **erſten** Fall — z. B. wenn er es im Gericht niedergelegt hat, und der Richter ſich weigert, ihm ſolches her-

r) L. 3. D. Teſtam. quemadmod. aper.

s) L. 3. §. 15. D. de tab. exhib. L. vn. C. eod. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 43. Tit. 5. §. 5.

herauszugeben, hat er deshalb actionem depoſiti directam; im zweyten Fall aber die **Reivindication** und actionem ad exhibendum t),

§. 526.

Der **Implorat** iſt derjenige, welcher ſothanen letzten Willen beſitzet, ſolchen aber nicht vorzeigen will, indem er den Beſitz leugnet. Er muß alſo:

1) den letzten Willen **beſitzen**, und zwar iſt es gleichviel, ob würklich, oder auf erdichtete Weiſe, wenn er ſolchen nämlich auf die Seite geſchaft v), oder ſich geſtellt hat, als wenn ihn er beſitze, ohne vor der Litis Conteſtation zu revociren x). Er mag ferner in ſeinem eigenen, oder in eines Andern Namen beſitzen, z. B. als bloßer Innhaber, als depoſitarius y).

2) Muß er dem Imploranten den letzten Willen auch **nicht vorzeigen wollen**, indem er leugnet, daß er ſolchen beſitze. Denn geſteht er, daß er den Aufſatz des letzten Willens beſitze, er will ſolchen aber aus gewiſſen Urſachen dem Imploranten nicht zum Durchleſen vorlegen — weil er z. B. vorgiebt, daß Verſchiedenes darin ſtehe, welches der Implorant nicht zu wiſſen brauche — ſo bittet man den Richter, ihm aufzuerle-

t) L. 3. §. 5. D. de tab. exhib.

v) L. 3. §. 6. D. eod.

x) L. 25. D. de rei vindicat.

y) L. 3. §. 2. D. de tab. exhib.

legen z), daß er ſolchen im Gericht, oder in Beyſeyn redlicher Männer vorlege a).

§. 527.

Das Geſuch iſt: Imploraten daß er den im Frage ſeyenden letzten Willen, auf einen gewiſſen Termin, im Gericht, dem Imploranten, in der Urſchrift zum Durchleſen vorlege, anzubefehlen. Nach römiſchem Recht geſchahe die Vorlegung des letzten Willens bey dem Prätor b). Bey uns geſchieht ſolche bey dem ordentlichen Richter, bey welchem geklagt worden. Eine Privatvorzeigung braucht der Implorant ſich nicht gefallen zu laſſen c). Die gerichtliche Vorlegung gewährt den Nutzen, daß der Implorant dadurch zugleich ein öffentliches Beweismittel von dem Inhalte des letzten Willens erhalten kan. Die Vorzeigung muß ferner in der Urſchrift, nicht in einer Copie geſchehen, weil man den letzten Willen ſelbſt einzuſehen, ein Intereſſe hat. — Verlangt, nach geſchehener Vorzeigung, der Implorant eine Abſchrift von dem letzten Willen, ſo darf ihm ſolche nicht verweigert werden; doch muß er ſelbige bey dem Gericht auf ſeine Koſten auslöſen d). — Ge-

z) L. 1. §. 1. D. eod. L. 2. §. fin. D. Teſtam. quemadm. aper. L. 1. 2. 3. C. eod.

a) arg. L. 2. C. Quemadmod. teſtam. aper. *Friderus* de mandat. Lib. II Cap. 51. num. 3. ſeqq. *Stryck* in V. M. Lib. XLIII. Tit.

b) L. 3. §. 9. D. de tab. exh.

c) L. 3. §. 9. D. alleg.

d) *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 43. Tit. 5. §. 8.

Geſchieht die Vorzeigung nicht, ſo muß der Implorat das Intereſſe präſtiren, bey deſſen Beſtimmung darauf Rückſicht genommen werden muß, was der Implorant wahrſcheinlich aus dem letzten Willen fordern kan. Klagt z. B. der Erbe, ſo fordert er ſoviel, als die Erbſchaft ausmacht e). Klagt der Legatarius, ſo fordert er ſoviel, als das Legat beträgt f); und das muß ihm auch gewährt werden, ob es gleich nur ein bedingtes Vermächtniß ſeyn ſollte g). — Der Implorat iſt deshalb zum juramento in litem credulitatis zu laſſen, und zwar auf ſoviel, als das ihm Hinterlaſſene, wahrſcheinlich ausmacht. Doch muß er auf keine andere Art ſein Intereſſe beweiſen können, denn dieſer Eyd findet nur in ſubſidium Statt, wenn keine andere Beſtimmung Statt findet h).

§. 528.

Dem Imploraten kommen jedoch folgende Einreden zu Statten:

1) **Implorant habe gar kein Intereſſe, den letzten Willen einzuſehen.** Dieſer muß, wie gedacht (§. 424), ſein Intereſſe ſummariſch beſcheinigen. Z. B. daß er wegen der Verwandſchaft, oder genauen Freundſchaft, worinne er mit dem Verſtorbenen geſtanden, vermuthe, derſelbe habe ihm etwas ver-

e) L. 3. §. 12. D. de tab. exh.

f) L. 3. §. 12. D. alleg.

g) L. 3. §. 13. D. eod.

h) *Boehmer* de action. Sect. II. Cap. 3. §. 67. *Hauer* in memorab. act. pag. 378.

vermacht, weil er, dieſes zu thun, bey ſeinem Leben immer verſprochen. — Sollte hingegen zu muthmaßen ſeyn, daß der Implorant, ohne im geringſten intereſſirt zu ſeyn, etwa blos aus Neugierde, und um dem Imploranten vergebliche Mühe zu machen, die Exhibition verlange, ſo kan von ihm der Eyd für Gefährde gefordert werden, daß er nämlich ſchwören ſolle, wesmaßen er die Exhibition nicht gefährlicherweiſe verlange, ſondern weil er glaube, daß er ein Intereſſe dabey habe i).

2) **Der Teſtirer ſey noch nicht todt.** Bey des Teſtirers Lebzeiten hat ein Dritter, er ſey der im Teſtament ernennte Erbe, oder ein Legatar, noch kein gegründetes Intereſſe, die Exhibition des Teſtaments zu verlangen. Denn das Teſtament hat ja, ſo lange der Teſtirer lebt, noch keine Kraft.

3) **Der letzte Wille ſey kein ſchriftlicher** (§. 524).

4) **Implorat beſitze den letzten Willen nicht.** Hier muß der Implorant zuvörderſt den Beſitz beſcheinigen. Er kan ſich auch der Replik bedienen: daß Implorat gefährlicherweiſe zu beſitzen aufgehört habe (§. 526).

5) **Die Imploration ſey verjährt.** Dieſes Interdict verjährt in 30 Jahren, denn es iſt ein Interdictum perpetuum k).

6)

i) L. 1. D. Teſtam. quemadmod. aper.

k) L. 3. §. 16. D. de tab. exhib. *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. 43. Tit. 5. §. 11.

6) Daß ihm Implorant erſt wegen der auf die Exhibition zu verwendenden Koſten, Caution beſtellen müſſe l). Wenn jedoch die Exhibition in der Abſicht, von dem Legatar oder Fideicommiſſar geſucht werden ſollte, damit der Richter das Privatteſtament eröfne, ſo muß der Erbe die dieſerhalb aufzuwendenden Koſten als eine Erbſchaftslaſt übernehmen m).

Vergeblich aber wird entgegengeſetzt: daß das Teſtament nicht gültig, oder nicht ganz, oder nicht das letzte ſey. Denn darum, ob das Teſtament gültig ſey, oder nicht, hat ſich der Implorat nicht zu bekümmern. Inwiefern Implorant aus dem letzten Willen werde einen Vortheil ziehen können — dies gehört erſt zur künftigen Ausführung. Eine Ausnahme iſt, wenn das Teſtament ganz offenbar ungültig wäre, und nicht einmal nach dem prätoriſchen Rechte erhalten werden könnte. Da findet dieſes Interdict nicht Statt n).

Formular

einer Imploration aus dem Interdict! de tabulis exhibendis.

P. P.

Im Auguſt dieſes Jahrs iſt meines Vaters, des Fürſtlichen Küchenſchreibers, weiland Kurt Oelbaum, eins

l) L. 11. §. 1. D. ad exhib.

m) *Carpzov* P. III. Conſt. 5. def. 26. *Leyſer* ſp. 373. Med. 4.

n) L. 6. pr. D. ad L. Cornel. de Falſar. L. 5. D. de tab. exhib.

einzige leibliche Schweſter, Euphroſina Oelbaumin, zu Beinfeld, unverheirathet mit Todte abgegangen und hat in einem kurz vor ihrem Todte coram notario et teſtibus mündlich zu erkennen gegebenen, und in ein Notariats-Inſtrument verfaßten letzten Willen den Fürſtlichen Baucontrolleur Grobſchmidt allhier, zum alleinigen Erben ihres ſämtlichen Nachlaſſes eingeſetzt.

Ich habe von Perſonen, die in ihren letzten Tagen um ſie geweſen ſind, vernommen, daß mir in dieſem letzten Willen ein Legat ausgeſetzt ſey, und dies habe ich um ſo mehr Grund zu glauben, weil dieſelbe gegen mich mehr als einmal, und erſt noch im Monat April dieſes Jahres, als ich ſie zum letztenmale beſuchte, die Aeußerung gethan hat, daß ſie mich gewiß bedenken werde. Nun habe ich zwar deren Erben den Baucontrolleur Grobſchmidt, zu verſchiedenenmalen erſucht mir das angezogene Teſtament vorzuzeigen: allein derſelbe leugnet nicht nur, daß mir in gedachtem Teſtamente etwas ausgeſetzt worden, ſondern giebt auch, nachdem ich ihn erſucht, mir ſolches zur Einſicht vorzulegen, vor, daß er es nicht mehr beſitze. Da ich nun aber gewiß weiß, daß gedachter Baucontrolleur Grobſchmidt, das über den letzten Willen obengenannter meiner Muhme verfaßte Notariats-Inſtrument beſitzet: So ſehe ich mich genöthiget, Ew. ꝛc. geziemend zu bitten.

Sie wollen geruhen, mehrerwähntem Baucontrolleur Grobſchmidt aufzuerlegen, daß er mir beregtes Teſtament meiner verſtorbenen Muhme in einem von Ew. ꝛc. zu beſtimmenden Termine, zur Einſicht vorlege.

Ew. ꝛc.

Zweites Hauptſtück.

Von den Rechtsmitteln, wodurch ein Erbe zur Succeſſion gelanget.

§. 529.

Bisher iſt von den vorbereitenden Rechtsmitteln zur Succeſſion, gehandelt worden (§. 506). Es folgen nun die hauptſächlichen, das iſt diejenigen, bey welchen über die Nachfolge ſelbſt geſtritten wird, und dieſer Streit kan, wie oben bereits vorgekommen, entweder die Erlangung, oder die Bewahrung, oder den Verluſt der Nachfolge betreffen. Im gegenwärtigen zweyten Hauptſtück werden zuvörderſt diejenigen Rechtsmittel abgehandelt, wodurch ein Erbe zur Succeſſion gelangt. In Anſehung dieſer Rechtsmittel hat man Rückſicht zu nehmen, ob der Erbe Miterben hat; oder nicht. Jenen Fall laſſen wir einſtweilen bey Seite und erörtern ſolchen erſt §. 613. u. ſ. f. Was aber den letztern anlangt, wenn keine Miterben vorhanden ſind, ſo wird in den gleich folgenden Abſätzen davon gehandelt.

Erſter Titel.

Von den Rechtsmitteln des Erben, um die geſetzliche, teſtamentariſche, oder zugeſagte Erbfolge zu überkommen.

§. 530 — 531.

Die Erbfolge, zu welcher Jemand gelangen will, kan entweder die geſetzliche (ſucceſſio *legitima*, *ſ. ab inteſtato*), oder die teſtamentariſche (*teſtamentaria*), oder die auf einen Erbfolgevertrag gegründete, zugeſagte (*pactitia*) ſeyn. Was die beyden erſten Arten (die geſetzliche und teſtamentariſche) anlangt; ſo kan der Erbe theils aus dem Civil- theils aus dem prätoriſchen Rechte, ſowohl poſſeſſoriſch, als petitoriſch klagen. Zu den poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln gehören:

1) das Interdictum *quorum bonorum*

und

2) das Remedium ex L. fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo;

von welchen

a)

a) das remedium ex edicto Carboniano,

b) die imploratio pro obtinenda miſſione in poſſeſſionem, quae fit ventris nomine,

ingleichen,

c) einige actiones in factum verſchieden ſind.

Das petitoriſche Rechtsmittel hingegen iſt überhaupt die **Erbſchaftsklage** (*hereditatis petitio*) mit ihren verſchiedenen Gattungen. Durch ſolche wird entweder das **Civil**= oder das **prätoriſche** Erbrecht verfolgt. Iſt das Erſte, ſo heißt ſie die **Civil-Erbſchaftsklage** (hereditatis petitio *civilis*); wenn aber das letztere der Fall iſt, die **prätoriſche** Erbſchaftsklage (hereditatis petitio *praetoria*). Die **Civil-Erbſchaftsklage** wird **entweder** von einem **directen** Erben, **oder** von einem **Fideicommißerben**, der ein **Univerſalfideicommiß** zu fordern hat, angeſtellt. Im **letztern** Fall iſt ſie die **fideicommiſſariſche** (hereditatis petitio *fideicommiſſaria*); im **erſtern** aber die **nichtfideicommiſſariſche**, oder, wie ſie auch genennt wird, die **directe Erbſchaftsklage** (hereditatis petitio *non — fideicommiſſaria ſ. directa*). Wird durch dieſe zugleich **der letzte Wille** eines Verſtorbenen **angefochten**, ſo heißt ſie die **qualificirte Erbſchaftsklage** (h. p. *qualificata*); wenn aber dieſes nicht geſchieht, die **eigentliche**, auch **ſchlechthin ſo genannte Erbſchaftsklage** (h. p. *ſimplex*). Gattungen der ſchlechthin ſogenannten Erbſchaftsklage ſind: die **Querel des ungültigen** (querela *nullitatis* teſtamenti) und die **Querel des pflichtwidrigen Teſtaments** (querela *inofficioſi* teſtamenti).

Von

1) Von
der hereditatis petitione ſimplici, oder ſchlechthin ſogenannten Erbſchaftsklage.

§. 532.

Der **Grund** dieſer Klage iſt die Zuſtändigkeit eines **Erbrechts**, welches man, nach vorgängigem **Erb-Anfall** (delatio hereditatis) entweder als ein heres ſuus des Verſtorbenen, ipſo jure, oder durch die **Erbſchaftsantretung** (aditio hereditatis) erworben hat. Dieſes Erbſchaftsrecht muß man erweiſen, d. h. man muß darthun, daß uns die Erbſchaft desjenigen, den wir beerben wollen, **angefallen**, daß heißt, wir auf rechtmäßige Art zum Erwerb des Erbſchaftsrechts berufen worden ſeyen. Nämlich entweder **unmittelbar durch die Geſetze**, (ſucceſſio ab inteſtato), oder durch ein **Teſtament** (ſucceſſio teſtamentaria), oder durch einen **Vertrag** (ſucceſſio pactitia). Und da ſich keine Erbſchaft denken läßt, wo nicht ein Verſtorbener iſt, ſo kan auch die Erbſchaftsklage nicht eher Statt haben, als bis der Tod desjenigen gewiß iſt, den der Kläger beerben will o); mithin muß man den Tod durch Zeugen p), oder durch Atteſtate der Obrigkeit, der Geiſtlichen, u. ſ. w. beweiſen. — Uebrigens hat dieſe Klage folgende Eigenſchaften. Sie iſt

1)

o) L. 1. D. de heredit. vel act. vend.

p) Zur Zeit der Peſt iſt auch einer genug. *Leyſer* ſp. 95. 96. Med. 16. *Carpzov* P. III. Conſt. 16. def. 17.

1) eine actio *univerſalis*. Denn ihr Gegenſtand iſt eine univerſitas juris — eine Erbſchaft q), der Beklagte mag die ganze Erbſchaft, oder nur etwas davon beſitzen r). Wer dieſe Klage anſtellt, gründet ſeine Forderung nicht auf das, was ſich der Beklagte angemaßt hat, ſondern auf ſein eignes Recht — auf das Erbſchaftsrecht.

2) Eine actio *mixta* (§. 33.), s) denn es wird dadurch theils ein dingliches, theils ein perſönliches Recht verfolgt. Das dingliche iſt das Erbrecht; das perſönliche aber entſpringt aus der Verbindlichkeit des Beklagten, von der Verwaltung der Erbſchaft Rechnung abzulegen, und die etwa verurſachten Schäden zu erſetzen t).

3) Eine actio *bonae fidei* v); weil dabey größtentheils mit auf dasjenige, was die Billigkeit mit ſich bringt, geſehen werden muß.

4) Eine actio *arbitraria*, weil bey den Perſonal-Präſtationen des Beklagten — z. B. in Anſehung der Verbindlichkeit deſſelben, zum Schadenserſatz — zugleich das Ermeſſen des Richters Statt findet.

§. 533.

q) L. 1. pr. D. de rei vindic.

r) L. 1. §. 1. D. Si pars heredit. petat.

s) Verſchiedenen hat dieſe Benennung misfallen. Allein den dagegen gemachten Einwürfen hat Bachov (in tr. de action. th. 7) begegnet.

t) L. 25. §. 18. D. de heredit. petit.

v) §. 28. I. de actionib. L. 12. §. fin. C. de petit. heredit.

§. 533.

Ihr Grund iſt die Zuſtändigkeit eines Erbſchaftsrechts. Dieſes wird, nach vorgängigem Erbanfall (delatio hereditatis), entweder *ipſo jure* erworben, wenn man von dem Verſtorbenen ein heres ſuus, oder durch die Erbſchaftsantretung (aditio hereditatis), wenn man kein heres ſuus des Verſtorbenen iſt.

Der Kläger iſt ein Inteſtaterbe x), oder derjenige, welcher in einem gültigen Teſtamente, geradezu (directe) d. i. unmittelbar, ohne daß ihm erſt von einem Andern die Erbſchaft abgetreten zu werden braucht, zum Erben ernannt worden iſt; er ſey nun der heres primus, oder ein ſubſtitutus. Hingegen iſt die Erbeseinſetzung oblique geſchehen, iſt er nämlich mittelbarerweiſe, vermittelſt einer andern Perſon, vom Verſtorbenen in einem letzten Willen zur Erbſchaft berufen worden, ſo hat er hereditatis petitionem fideicommiſſariam, wovon unten (§. 580).

Nützlicherweiſe kan ſich dieſer Klage bedienen

1) derjenige, dem die Erbſchaft abgetreten worden, z. B. der ſie gekauft, geſchenkt, an Zahlungsſtatt bekommen, oder ſonſt durch einen andern gerechten Titel an ſich gebracht hat. Da vertritt ein ſolcher Käufer der Erbſchaft, wenn der Verkäufer der wahre Erbe des Verſtorbenen geweſen, die Stelle des Er-

x) Dem geſetzlichen Erben wird der Fiskus an denjenigen Orten gleich geachtet, wo das Hageſtolzenrecht (jus hageſtolziatus) noch in Gebrauch iſt. Eine Klage trift man an bey *Wernher* Tom. III, obſ. 252. n. 189 — 250.

Erben y) und braucht nur die Ceſſion darzuthun, wenn nicht auch das Recht des Cedenten in Zweifel gezogen wird, daß nämlich der Gegentheil vorſchützt, es habe der Cedent kein Erbſchaftsrecht gehabt.

z) Bey uns heut zu Tage ein heres pactitius, d. i. derjenige, welcher ein Erbſchaftsrecht durch einen Vertrag erlangt hat, z. B. durch Ehepacten, Einkindſchaft, Erbverbrüderung. — Man möchte einwenden: wie kan ein Vertrag eine **Erbſchaftsklage** hervorbringen, da dieſe ja eine **dingliche Klage** iſt, ein Vertrag hingegen aber nur eine **perſönliche Klage** hervorbringt? Allein der Vertrag iſt hier nur der **Titel**, oder die **Urſache**, wodurch das Erbſchaftsrecht auf Jemanden gebracht wird: durch den Vertrag wird Jemanden die Erbfolge auf den Todesfall verwilliget, ſo wie dies auch durch ein Teſtament geſchieht, und das Teſtament ebenfalls nur der Titel iſt, wodurch Jemand das Erbſchaftsrecht überkömmt. Aus dieſem verwilligten **Erbſchaftsrechte** alſo, welches erſt mit dem Tode des Verſtorbenen würkſam wird, und nicht aus dem Vertrage, ſucht man die Erbſchaft zu erhalten.

§. 534.

Die Erbſchaftsklage kan nur gegen den angeſtellt werden, welcher die Erbſchaft, oder einen Theil davon z), oder auch nur eine einzige zu ſolcher gehörige Sa-

y) L. 2. §. 18. D. de hered. vel. act. vend.

z) Dieſes kan auch ein Recht ſeyn. Z. B. wenn ein Erbſchaftsſchuldner (debitor hereditarius) die Schuld, womit

Sache a), titulo *univerſali*, das heiſt: als vermeintlicher Erbe (pro herede), oder blos als Beſitzer (pro poſſeſſore) ſich angemaßt hat und dem Kläger das Erbſchaftsrecht daran nicht zugeſteht. — Wer behauptet, daß er Erbe ſey, er mag ſich nun für einen Civil- oder für einen prätoriſchen, oder für einen andern rechtmäßigen Erben ausgeben, beſitzt *pro herede*.

Jeder andere Beſitzer, **welcher zwar nicht behauptet, daß er Erbe ſey, der aber gleichwohl gar keinen andern Titel anführen kan, oder einen offenbar nichtigen anführt**, beſitzt *pro poſſeſſore*. — Der alſo, wenn man ihn fragt: warum er beſitze? nichts anders anzuführen weiß, als: ich beſitze, weil ich beſitze b). Wenn man wider einen ſolchen klagt, ſo pflegt man in der Klage zu ſetzen: **wenn nun aber gleichwohl Beklagter die Erbſchaft ohne allen Titel ſich angemaßt hat.**

Für einen Beſitzer wird hier auch, wie bey der Reivindication, derjenige gehalten, welcher 1) ſich zum Streit aufgeworfen c); oder welcher 2) aus Gefährde zu beſitzen aufgehört hat d).

Wi-

mit er dem Verſtorbenen verhaftet geweſen, dem Erben nicht bezahlen will, weil er (der Schuldner) Erbe zu ſeyn behauptet. L. 13. §. fin. L. 14. D. de heredit. petit.

a) Sie ſey groß, oder klein. L. 9. L. 10. pr. D. de hered. petit.

b) L. 11. 12. eod. §. 3. I. de interd.

c) L. 13. §. 13. D. eod.

d) L. 13. §. 14. D. eod.

Wider einen ſolchen hingegen, der nicht als vermeintlicher Erbe, oder als Beſitzer, ſondern titulo ſingulari, beſitzt, kan die Erbſchaftsklage nicht angeſtellt werden; z. B. wider einen, der behauptet: daß er die Sache gekauft, geſchenkt bekommen, oder eingetauſcht habe. Der Grund iſt, weil er mir mein Erbrecht nicht ſtreitig macht, ſondern nur bezweifelt, ob die Sache dem Erblaſſer eigenthümlich gehört habe, oder nicht ſchon von ihm ſelbſt veräußert worden ſey. Hier richte ich gegen ihn nichts aus, daß ich hereditatis petitionem anſtelle und mein Erbrecht beweiſe; ich muß vielmehr die Reivindication, oder eine andere Klage wider ihn anſtellen.

Weiß Kläger nicht, aus welchem Titel der Beklagte die Sache, z. B. das Haus, beſitzt, ob titulo univerſali, oder titulo ſingulari; ſo hat er einen doppelten Ausweg. Entweder

1) er kan den Richter bitten, daß er denſelben zu einer Erklärung anhalte e). Z. B. bitte dem Beklagten anzubefehlen, daß er ſich binnen einer gewiſſen Zeit erkläre, wie er das Haus beſitze, widrigenfalls aber mich für den Erben des verſtorbenen N. N. zu deklariren, und in den Beſitz des Hauſes einzuſetzen. Einige f) meinen zwar, daß dieſe interrogationes in jure heutiges Tages nicht mehr Statt hätten; allein ſie ſind hier dem Kläger doch dazu nützlich, damit er gleich von dem einzigen und wahren Grund ſeiner Klage vergewiſ-

e) L. 11. C. eod.

f) Z. B. *Wernher* P. II. obſ. 478.

wiſſert werde, und ſich hierdurch den Beweiß erleichtere g). Oder

2) er kan mit der Erbſchaftsklage die Reivindication alternativiſch cumuliren. Z. B. wenn nun das Haus, welches Beklagter beſitzt, zu des verſtorbenen Erblaſſers Nachlaß gehört, und derſelbe ſolches als vermeintlicher Erbe, oder ſonſt aus einem Eigenthumsrechte ſich angemaßet hat, er aber weder ein Erbe des Verſtorbenen iſt, noch das Eigenthum von ſothanem Hauſe hat, ſondern ich des Verſtorbenen Erbe bin, und mir das Haus zugehört; Als bitte zu erkennen: daß mir das quäſt. Haus jure hereditario, vel dominii zuſtehe, u. ſ. w.

Zuweilen kan auch derjenige mit der Erbſchaftsklage belangt werden, welcher die Erbſchaft von einem, der ſich für den Erben ausgegeben, es aber nicht geweſen iſt, gekauft hat und noch beſitzet. Es kömmt nämlich auf folgenden Unterſchied an. Entweder war der Käufer bey der Acquiſition der Erbſchaft in mala fide, oder in bona fide. Iſt das erſte, hat er gewußt, daß die Erbſchaft nicht ſeinem Verkäufer, ſondern einem Andern zugehöre; ſo findet die hereditatis petitio vtilis wider ihn Statt h), weil er aus Gefährde gehandelt und den wahren Erben um die Erbſchaft zu bringen geſucht hat. Iſt aber das zweyte; ſo kan entweder der Verkäufer von dem wahren Erben noch bequem belangt werden; oder nicht. Im erſten Fall muß der wahre Erbe wider den Verkäufer die Erbſchafts-

g) *Boehmer* de action. Sect. II. Cap. 4. §. 16. not. r)

h) L. 13. §. 8. D. de heredit. petit.

ſchaftsklage anſtellen. Als: der Verkäufer iſt in mala fide geweſen und hat Vermögen, womit er den Werth der verkauften Erbſchaft erſetzen kan. Hier haftet er als ein ſolcher, welcher die Erbſchaft aus Gefährde zu beſitzen aufgehört hat i). Oder: man nehme an, der Verkäufer iſt in bona fide geweſen; er war ein heres putativus, indem er ſich in guter Meinung einbildete, er ſey der wahre Erbe, weil er des Verſtorbenen nächſter Anverwandter und ihm von einem Teſtamente nichts bewußt war. Hier haftet er, wenn er durch den Verkauf reicher worden, daß er nämlich das Kaufgeld bekommen, oder ſolches noch zu fordern hat k). Denn bey univerſitatibus juris, dergleichen eine Erbſchaft iſt, findet die Regel Statt: res ſuccedit in locum pretii, et pretium in locum rei. — Im zweyten Fall hingegen, wenn nämlich der Verkäufer nicht mehr bequem belangt werden kan, — z. B. er iſt in die Welt gegangen, oder er iſt durch den Verkauf nicht reicher worden, indem er die Erbſchaft um ein Spottgeld verkauft hat l), findet wider den Käufer die hereditatis petitio vtilis Statt m), denn er beſitzt die Erbſchaft nur als vermeintlicher Erbe.

§. 535.

Das Geſuch iſt: zu erkennen, daß Kläger des verſtorbenen N. N. Erbe ſey; mit welchem Ge-

i) L. 13. §. 14. D. eod.

k) L. 16. §. 5. D. eod.

l) L. 25. §. 11. D. eod. Dahin gehört auch wenn er nichts mehr im Vermögen hat, daß man alſo wider ihn vergeblich klagen würde.

m) L. 13. §. 4. D. eod.

Geſuch nach Verſchiedenheit desjenigen, was der Beklagte ſich angemaaßt hat, die Bitte um das verbunden wird, was eine Folge dieſes Geſuchs, als des Hauptgeſuchs iſt (§. 424). Zum Beyſpiel: derowegen Beklagter, die libellirte Erbſchaft mit allen erhobenen, und zu erheben geweſenen Nutzungen, nach einem zu Recht beſtändigen Inventarium, oder in deſſen Ermangelung nach einer eydlich zu beſtärkenden Specification, Klägern abzutreten, zugleich auch alle Schäden und Koſten zu erſtatten ſchuldig. —

Sollte der Kläger ſich nicht getrauen, mit dem Beweiſe des Todes des Erblaſſers, fortzukommen, weil z. B. derſelbe abweſend iſt; ſo kan er mit der Erbſchaftsklage die Imploration *pro adipiſcenda adminiſtratione bonorum ſub cautione* (§. 508. u. ſ. f.) alternativiſch cumuliren. Z. B. wenn ich denn nun des Verſtorbenen wahrer Erbe bin, oder dafern er noch am Leben ſeyn ſollte, mir, als nächſtem Anverwandten, wenigſtens die Adminiſtration deſſen Vermögens inzwiſchen zuſtehet: Als bitte in Rechten zu erkennen: daß ich des Verſtorbenen wahrer Erbe ſey, oder dafern der Abweſende noch am Leben ſeyn ſollte, ich doch wenigſtens zur Adminiſtration ſeines Vermögens, gegen Caution zuzulaſſen, und deswegen Beklagten anzubefehlen, daß er mir ſolchen Nachlaß abtreten müſſe.

Es iſt auch nützlich, in das Geſuch zugleich den beſondern, entfernten Klaggrund mit einfließen zu laſſen. Z. B. bitte zu erkennen, daß Kläger des Verſtorbenen N. N. Erbe aus deſſen Teſtament ſey. Oder: daß man des Ver-

ſtor-

ſtorbenen N. N. alleiniger Inteſtaterbe ſey. Oder: daß uns des Verſtorbenen N. N. Erbſchaft aus einer Ceſſion zuſtehe. Oder: daß uns des verſtorbenen N. N. Erbſchaft vermöge mit demſelben errichteten Erbfolgevertrags gebühre.

Iſt es eine beſondere Sache, welche der Beklagte als vermeintlicher Erbe, oder als Beſitzer ſich angemaßt hat, — z. B. ein Garten — ſo bittet man ebenfalls: zu erkennen: daß mir die Erbſchaft des verſtorbenen N. N. *ex teſtamento* zuſtehe, derowegen Beklagter mir den Garten *qu. cum omni cauſſa* abzutreten ſchuldig.

Was die Nutzungen anbetrift, die der Beklagte dem Kläger reſtituiren muß; ſo iſt zu unterſcheiden, ob letzterer ein redlicher, oder ein unredlicher Beſitzer iſt. Jener reſtituirt nur die vorhandenen Nutzungen (fructus extantes); die conſumirten aber nur inſofern, als er ſich dadurch noch reicher befindet, daß ſie nämlich noch dem Werthe nach vorhanden ſind. Als: er hat das auf den Erbſchaftsäckern erbaute Getreide verkauft und das Geld dafür iſt noch vorhanden. Dieſer hingegen haftet wegen aller Nutzungen, ſowohl wegen derer, die er eingehoben, als derer, die er hätte erheben können (reſpondet de fructibus perceptis ac percipiendis).

Zum Schadenserſatz iſt nur ein unredlicher Beſitzer verbunden; nicht aber ein redlicher: dieſer hat mit der Erbſchaft umgehen können, wie mit ſeiner eigenen Sache. Er haftet alſo nicht dafür, wenn er von der Erbſchaft etwas verlohren, verſchwendet, oder verdorben hat. In der L. 25. §. 11. D. de heredit. pe-

petit. heiſt es: non tenetur, ſi quid perdiderit donaverit, dilapidaverit, ex quo locupletior non eſt factus; dum re ſua abuti putat n).

Der Kläger kan auch zugleich um Erlaſſung eines Verbots an den Beklagten, von den Erbſchaftsſtücken nichts zu veräuſſern, nachſuchen o), denn alle freywillige Veräuſſerungen ſind unerlaubt, und dürfen von dem Beſitzer der Erbſchaft weder vor der Litis-Conteſtation p), noch nach derſelben vorgenommen werden q), wofern er nicht wegen deren Reſtitution, oder de judicato ſoluendo, hinlängliche Caution zu beſtellen vermag r). **Nothwendige** Veräuſſerungen aber, die z. B. des Verſtorbenen Beerdigung, oder Schulden wegen, vorzunehmen ſind, kan der Richter ohne Caution erlauben s).

§. 536.

Was die **Eintreden** anlangt, welche der Erbſchaftsklage entgegengeſetzt werden können, ſo laſſen ſich ſolche unter zwey Claſſen bringen.

A)

n) L. 18. L. 30. L. 31. §: 3. D. de hered. petit.

o) *Wernher* P. VI. obſ. 399.

p) L. 5. pr. D. de hered. petit.

q) L. 13. D. Famil. erciſc.

r) *Struve* in exercit. ad Pand. exerc. X. §. 63. *Berger* in oec. jur Lib. II. Tit. 4. th. 54. num. 8.

s) L. 5. pr. D. de heredit. petit.

A) Einige ſind von der Beſchaffenheit, daß ſie gegen jede Erbſchaftsklage, die Art des Erbrechts, womit ſie begründet iſt, ſey welche ſie wolle, Statt finden.

B) Andre beziehen ſich auf die beſondere Art des Erbrechts, woraus geklagt worden.

Zu jenen gehören folgende:

1) **Der angebliche Erblaſſer ſey noch nicht verſtorben.** Hier muß der Kläger den Tod beweiſen. Nam viventis nulla eſt hereditas (§. 532).

2) **Derſelbe habe nichts hinterlaſſen.**

3) **Beklagter habe ſich nichts angemaaßt.** Hier liegt dem Kläger der Beweiß des Beſitzes der Verlaſſenſchaft, in welchem ſich der Beklagte befinden ſoll, ob.

4) **Die Sache, welche Kläger haben wolle, gehöre Beklagtem eigenthümlich zu.** Hier kömmt es darauf an, ob der Beklagte das Eigenthum entweder aus dem Grunde, weil er des Verſtorbenen Erbe zu ſeyn vermeint, oder deshalb, weil er die Sache titulo *ſingulari*, als **Eigenthümer**, beſitzt, zu haben behauptet. Giebt er das Erſte vor, daß nämlich er, Beklagter, des Verſtorbenen Erbe ſey, und ihm daher die geklagte Sache zu eigen gehöre, ſo muß er, daß er Erbe ſey, beweiſen. Hingegen iſt das Zweyte, daß nämlich der Beklagte ſich nicht für den Erben ausgiebt, ſondern daß er die Sache titulo ſingulari, als **Eigenthümer** zu beſitzen, behauptet, weil er ſie z. B. gekauft habe; ſo muß der Kläger mit der Erbſchaftsklage die Reivindication cumulirt haben, wenn die Klage wider den Beklagten Statt finden ſoll (§. 534.

(§. 534), und da muß denn ebenfalls der Beklagte ſein Eigenthum beweiſen. Hat er von dem Verſtorbenen die Sache gekauft, ſo iſt dies genug, weil der klagende Erbe die facta ſeines Erblaſſers anerkennen muß. Hingegen hat Beklagter die Sache von einem Andern gekauft: ſo muß er zeigen, daß er ſie uſucapirt habe t).

5) **Die Klage ſey ſchon durch Verjährung erloſchen.** Sie verjährt mit dem Ablauf von dreyßig Jahren v).

6) **Kläger habe auf die Erbſchaft Verzicht gethan.** Auf dieſe Einrede aber kan Kläger repliciren: er ſey zur Renunciation gezwungen, oder durch Betrug dazu verleitet worden x).

7) **Beklagter ſey ein Miterbe;** mithin könne Kläger nicht die ganze Erbſchaft verlangen.

8) **Es ſey ja Klägern die Erbſchaft durch eine rechtskräftige Sentenz bereits abgeſprochen worden.**

9) **Die Sache ſey nicht mehr vorhanden, ſondern zu Grunde gegangen.** Die Frage: in wiefern der Beſitzer einer Erbſchaft ſich mit der Ausflucht, daß die Sache zufälligerweiſe zu Grunde gegangen, ſchützen könne? muß nach römiſchem Rechte mit

 Un-

t) L. pr. L. 2. D. Si quis aliquem teſtari prohib.

v) L. 7. C. de pet. hered.

x) *Stryck* de ſucceſs. ab inteſtato; Diſs. VIII. Cap. X. §. 125. ſqq.

Unterſchied beantwortet werden. Der Zufall nämlich hat ſich entweder vor, oder nach der Litisconteſtation ereignet. Im erſten Fall haftet weder ein bonae fidei poſſeſſor, noch ein malae fidei poſſeſſor ſimplex, ſondern blos ein praedo y). Im letztern Fall haftet ein redlicher Beſitzer ebenfalls für den caſum nicht; wohl aber ein praedo z) und der ſimplex malae fidei poſſeſſor alsdenn, wenn der Kläger beweiſen kan, daß die Sache nicht zu Grunde gegangen ſeyn würde, wenn Beklagter die Erbſchaft ſogleich abgetreten hätte a).

10) **Kläger habe ſich der Erbſchaft unwürdig gemacht.** Z. B. wenn er den Erblaſſer ein Teſtament zu machen, oder das bereits gemachte zu ändern, gehindert hat b);

11) **Kläger ſey nicht der alleinige Erbe, ſondern es ſeyen Miterben vorhanden.** Hierauf dient aber zur **Replik**: Beklagter ſolle ſelbige erſt nahmhaft machen, denn ſonſt wäre dieſe Einrede zu allgemein und unſtatthaft. Macht nun der Beklagte ſolche nahmhaft, ſo muß er auch beweiſen, daß ſie würklich Miterben ſind c).

Dies

y) Das iſt: ein ſolcher unredlicher Beſitzer, der auch nicht den allergeringſten Titel für ſeinen Beſitz anführen kan. — L. 7. §. vlt. L. 8. D. de condict. furt.

z) L. 40. D. de heredit. pet.

a) L. 15. §. vlt. D. de rei vindic. L. 12. §. 4. D. ad exhib.

b) *Hommel* rhapſod. obſ. 176.

c) L. 7. C. de petit. hered.

Dies ſind die Einreden, welche jeder Erbſchafts-klage entgegengeſetzt werden können.

Wir kommen nun zur andern Claſſe, zu denen, welche ſich auf die beſondere Art des Erbrechts, woraus geklagt worden, beziehen.

Wenn

I) aus dem geſetzlichen Erbrecht geklagt worden, das heißt: wenn der Kläger Inteſtaterbe zu ſeyn behauptet; ſo kan der Beklagte vorſchützen:

1) Die Inteſtaterbfolge finde nicht Statt, weil der Verſtorbene ein Teſtament errichtet habe. Die teſtamentariſche Succeſſion geht der Inteſtaterbfolge vor, quia proviſio hominis tollit proviſionem legis.

2) Kläger ſey kein Verwandter des Verſtorbenen. In dieſem Fall liegt dem Kläger der Beweiß der Verwandſchaft ob.

3) Derſelbe ſey nicht der nächſte Verwandte. Hier kömmt es darauf an, ob der Beklagte ſelbſt ein Verwandter von dem Verſtorbenen iſt, oder nicht. Im erſten Fall muß der Kläger, weil er den Beklagten von der Erbfolge ausſchließen will, darthun, daß er mit dem Verſtorbenen in einem nähern Grade der Verwandſchaft ſtehe, als der Beklagte. Im zweyten Fall aber braucht der Kläger nur die Verwandſchaft darzuthun; den Mangel näherer Verwandten hat er nicht zu erweiſen. Hier wird wider den Fremden vermuthet, daß Kläger der nächſte Verwandte ſey, bis der Beklagte das Gegentheil darthut. Bewürkt er

die-

dieſes, ſo entkräftet er des Klägers Legitimation zur Sache d).

4) **Beklagter ſey dem Verſtorbenen näher verwandt, als Kläger.** Dieſe Einrede liegt dem Beklagten zu beweiſen ob, welchen Beweis er aber von ſich ablehnen kan, wenn er die Einrede ſo faßt: **daß Kläger nicht der nächſte Verwandte des Verſtorbenen wäre.**

5) **Der Verſtorbene habe Beklagten an Kindesſtatt angenommen, adoptirt.** Es iſt aus der Lehre von der Adoption bekannt, daß durch dieſe Handlung an Kindesſtatt Angenommene ein Erbrecht, in Bezug auf den Wahlvater, erlangen; und zwar haben die Arrogirten und vollkommen (plene) Adoptirten (wenn ſie nicht emancipirt worden ſind) ſogar das Recht der leiblichen noch unter der väterlichen Gewalt ſtehenden Kinder (jus *ſuorum heredum*), das heißt: ſie können ohne eine rechtmäßige, im Teſtamente ausgedrückte Urſache, ſo wenig als die *ſui heredes*, enterbt werden e); da hingegen die unvollkommen Adoptirten (*minus plene adoptati*) den Adoptanten nur in dem Fall, wenn er ohne Teſtamentserrichtung verſtorben iſt, beerben, und von demſelbem, wenn er ein Teſtament errichtet, darinn nicht eingeſetzt werden müſſen f). — Zum Beyſpiel; Cajus hat einen einzigen Bruder, der vor länger als dreyßig Jahren in ausländiſche Kriegsdienſte gegangen

d) *Carpzov* P. III. Conſt. 18. def. 28. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 563.

e) §. 5. I. de liber. exher. L. pen. C. de adopt.

f) L. 10. §. 1. C. de adopt.

gen iſt, und in dieſem langen Zeitraum nichts von ſich hat hören laſſen. Es ſind ihm alle ſeine Kinder und auch ſeine Frau kurz nach einander geſtorben, und, da er ſeinen abweſenden Bruder für todt und ſeine ganze Verwandſchaft mit demſelben für erloſchen hält, ſo arrogirt er ſeinen Bedienten, den er, als ein älternloſes Kind ganz jung zu ſich genommen und auferzogen hat. Er ſtirbt, mit Hinterlaſſung eines ſehr beträchtlichen Vermögens, welches ſich letzterer anmaaßet. Kurz darauf kömmt jener längſt für todt gehaltene Bruder, als ein invalider Seeofficier zurück, erfährt, daß Cajus geſtorben ſey und belangt dem Adoptirten, weil dieſer die Erbſchaft gutwillig ihm nicht abtreten will, mit der Erbſchaftsklage; allein es wird ihm gegenwärtige Einrede entgegengeſetzt. — Auf dieſe Einrede kan jedoch replicirt werden:

1) Beklagter ſey kein Adoptirter, ſondern ein bloßer Alumnus — er ſey nicht, wie zur Adoption erfordert werde, unter öffentlicher Autorität, ſondern *privatim* an Kindesſtatt angenommen worden. *Alumni* haben die Rechte der Adoptirten nicht g).

2) Er ſey vom Adoptanten wieder emancipirt worden h).

II) Verlangt Jemand eine Erbſchaft, weil er in einem Teſtament zum Erben eingeſetzt worden; ſo kan ihm überhaupt alles das entgegengeſetzt werden, weshalb ein Teſtament zu Recht nicht beſteht; beſonders aber:

1)

g) L. 27. §. 2. D. de legat. III.

h) L. 10. §. 2. C. de adopt.

1) daß der Teſtirer, als er teſtiret, den Gebrauch ſeines Verſtandes und ſeiner Sinne nicht gehabt habe;

2) daß Kläger entweder gar nicht, oder doch nur unter gewiſſer Einſchränkung, zum Erben eingeſetzt werden können. Die Perſonen, welche entweder gar nicht, oder doch nur unter gewiſſen Einſchränkungen zu Erben eingeſetzt werden können, nennt der fünfte Titel des 28ſten Buchs der Pandekten: de heredibus inſtituendis. So können z. E. die Söhne der Landesverräther; Perſonen, die vom chriſtlichen Glauben abgefallen ſind, ingleichen unerlaubte Geſellſchaften, gar nicht zu Erben eingeſetzt werden. Der Landesherr kan gewiſſermaaßen nicht zum Erben eingeſetzt werden, wenn es nämlich Jemanden zum Verdruß geſchiehet, um dieſen dadurch in einen Proceß mit dem Fürſten zu verwickeln.

3) Man habe ſich mit Klägern in Anſehung deſſen, was ihm im Teſtament hinterlaſſen worden, bereits verglichen. Ein Vergleich über das, was mir in einem Teſtament hinterlaſſen worden iſt, hat aber nach den römiſchen Geſetzen nur dann Gültigkeit, wenn er nach Eröfnung des Teſtaments, nachdem der in ſolchem Bedachte deſſen Inhalt erfahren hatte, geſchloſſen worden. Wird er hingegen geſchloſſen, ehe das Teſtament eröfnet worden, oder ehe man auf andre Art von dem Inhalte deſſelben Wiſſenſchaft erlangt hat; da iſt er ungültig i). Der letztere Fall giebt daher eine Replik.

III)

i) L. 6. 12. C. de tranſact. L. 1. §. 1. D. Teſtam. quemadm. aper. L. fin. C. de reb. credit. Das Gegentheil

III) Wenn endlich eine Erbſchaft vermöge eines Erbfolgevertrags in Anſpruch genommen wird, ſo können von allen denen Umſtänden, welche machen, daß ein Vertrag entweder als gleich anfänglich ungültig zu betrachten iſt, oder daß er in der Folge unverbindlich wird, Einreden gegen die Klage hergenommen werden.

Da übrigens die Erbſchaftsklage, eine actio *mixta* iſt, ſo kan ſie ſowohl im foro domicilii des zu Verklagenden, als auch in foro rei ſitae angeſtellt werden k); nicht aber im foro domicilii des Verſtorbenen, denn dieſes hat, als etwas Perſönliches, mit deſſen Todte aufgehört l).

2) Von der querela nullitatis teſtamenti.

§. 537.

Wenn ein Teſtament ungültig iſt, ſo iſt derjenige, welchem auf den Fall, da es nicht beſteht, die Erbſchaft gebührt, (der Inteſtaterbe) entweder im Beſitz der Erbſchaft, oder nicht. Im erſten Fall kan er

theil behauptet *Cocceji* in jure contr. Lib. XXIX. Tit. 3. qu. 3.

k) L. III. Tit. 20. C. Vbi de hereditate agatur, vel vbi heredes ſcripti in poſſeſſionem mitti poſtulare debeant. *Leyſer* Sp. 94. med. 1.

l) *Lauterbach* in coll. th. pr. Lib. V. Tit. 3. §. 30.

er des vermeintlichen Teſtamenterben Klage abwarten, und demſelben ſodann exceptionem *nullitatis* teſtamenti entgegenſetzen. Da findet die querela nullitatis teſtamenti nicht Statt, denn ſie iſt eine Gattung der **Erbſchaftsklage** (§. 530. 531.) und alſo eine dingliche Klage, die aber nur, wie wir wiſſen, einem, welcher **nicht** beſitzt, zuſtändig iſt (§. 422). Im **zweyten** Fall hingegen kan er entweder hereditatis petitionem ſimplicem anſtellen, oder ſich der gegenwärtigen Nullitätsquerel bedienen. Das erſte läßt ſich thun, **wenn der Fehler des Teſtaments ſogleich in die Augen fällt** — z. B. es iſt ein ſchriftliches außergerichtliches nichtprivilegirtes Teſtament, welches nicht von 7 Zeugen unterſchrieben worden. — Sollte hingegen der Fehler des Teſtaments nicht gleich in die Augen fallen, und er will hereditatis petitionem ſimplicem anſtellen, ſo muß er des Teſtaments in der Maaße gedenken, daß ſelbiges **ungültig** ſey, folglich die Replik in die Klage bringen, damit der Richter ſolche, wegen des ſcheinbar gültigen Teſtaments, nicht verwerfe, indem er ſich einbildet, daß Kläger wegen dieſes Teſtaments keine Succeſſion mit Recht verlangen könne. Z. B. es wird vorgegeben, der Teſtirer ſey durch ungeſtümes Dringen in ihn (importunae ſollicitationes), dahin gebracht worden, daß er das Teſtament errichtet, und aus dieſem Grunde ſey es ungültig. Dies kan man dem Teſtament nicht anſehen. — Der **Grund** der gegenwärtigen **Teſtaments-Nichtigkeits-Querel** iſt alſo die **Ungültigkeit, Nichtigkeit** eines Teſtaments. **Ein ungültiges, nichtiges Teſtament** (*teſtamentum nullum in genere*) iſt **überhaupt ein ſolches, welches aus einer gewiſſen Urſache zu Recht nicht beſteht.** Dies kan ſich auf doppelte Art ereignen:

1)

I) Entweder weil das Teſtament gleich Anfangs nicht auf eine Rechtsbeſtändige Weiſe errichtet worden; oder II) weil ſich, ob es ſchon auf gültige Art errichtet worden iſt, hinterher ein Mangel hervorgethan hat, weshalb es dennoch zu Recht nicht beſteht.

Zu den Teſtamenten, welche gleich anfänglich auf keine zu Recht beſtändige Weiſe errichtet worden, gehört:

1) Das teſtamentum *nullum in ſpecie.* Das iſt ein ſolches Teſtament, welches wegen eines **innern Mangels** gleich anfänglich nicht gilt. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn der Teſtirer keine *teſtamentifactionem activam* gehabt hat; z. B. er iſt ein prodigus civiliter talis geweſen, — oder wenn in der Erbeseinſetzung ein Fehler begangen worden, das heißt, wenn entweder ſolche Perſonen, die bey Strafe der Nichtigkeit eingeſetzt, oder enterbt werden müſſen, nicht eingeſetzt, auch nicht enterbt, ſondern mit Stillſchweigen übergangen; oder wenn eine ſolche Perſon zum Erben eingeſetzt worden, die nicht erbfähig iſt, z. B. ein Apoſtat u. ſ. w. — ferner wenn der Teſtirer zur Errichtung des Teſtaments gezwungen worden — und überhaupt, wenn es an der Gewißheit ſeines Willens fehlt.

2) Das teſtamentum *injuſtum.* D. i. ein ſolches, welches wegen eines **äußerlichen Mangels** nicht gilt. Z. B. wenn gar keine oder nicht die erforderliche Anzahl von Zeugen dabey geweſen; wenn die Zeugen nicht beſonders zu ſolchen erbeten; wenn die Einheit der Handlung dabey nicht beobachtet worden; wenn ein außergerichtliches Teſtament vom Teſtirer weder ge- noch unterſchrieden worden, u. ſ. w.

Te-

Teſtamente der zweyten Art, die nämlich, ob ſie gleich anfänglich gültig errichtet worden, wegen eines ſich nachher hervorgethanen Mangels, zu Recht nicht beſtehen, ſind:

1) das teſtamentum *irritum* — wenn der Teſtirer den zur Teſtamentserrichtung erforderlichen Zuſtand verlohren hat, das heiſt, wenn er die gröſste, mittlere oder geringſte Capitis Deminution erlitten hat, denn das römiſche Recht hat die Regel: wenn das Teſtament gelten ſoll, ſo muſs der Teſtirer bis an ſeinen Tod den zum Teſtiren erforderlichen Zuſtand behalten.

2) Das teſtamentum *ruptum* — wenn auf Seiten des Teſtirers eine rechtmäſsige Veränderung ſeines Willens vorgegangen iſt; welche nicht nur würklich, ſondern auch muthmaſslich, mit Beyſtimmung der Geſetze, vorhanden ſeyn kan. Z. B. wenn er das Teſtament widerrufen, zerriſſen, durchſtrichen, oder ein anderes gültiges Teſtament gemacht hat. — Ferner: wenn er nach bereits errichtetem Teſtamente eheleibliche Kinder bekömmt, die im Teſtamente nicht eingeſetzt worden ſind, u. ſ. w. — Die weitere Ausführung gehört in die Pandekten.

3) Das teſtamentum *deſtitutum* — wenn der eingeſetzte Erbe nicht Erbe wird, weil er entweder nicht Erbe werden will, und die Erbſchaft ausſchlägt, oder weil er nicht Erbe werden kan, indem er entweder vor dem Teſtirer geſtorben, oder zwar nach demſelben, aber ohne die Erbſchaft auf ſeine Erben transmittirt zu haben; oder weil er nach der Errichtung des Teſtaments unfähig worden, eine Erbſchaft zu erhalten; oder weil die Bedingung, unter welcher er

zum

zum Erben eingeſetzt worden, nicht in Erfüllung gegangen iſt.

Die Urſache, warum das Teſtament ungültig ſey, hat der Kläger in der Klage genau anzuführen, und in der Folge auch, wenn der Beklagte ſolche nicht zugeſteht, zu beweiſen. Sind mehrere dergleichen Urſachen vorhanden, ſo muß er nur diejenigen anführen, welche er ganz gewiß zu beweiſen ſich getrauet, damit nicht am Ende, wegen der nicht erwieſenen, welchen der Beklagte widerſprochen, die Proceßkoſten compenſirt werden.

Nach deutſchem Rechte kan die Nichtigkeitsquerel auch gegen ein ſolches Teſtament angeſtellt werden, welches, einem zuvor eingegangenen Erbfolgevertrage zuwider, errichtet worden. Zum Beyſpiel: Cajus und Tullia errichten bey ihrer Verheyrathung Ehepacten, worinne unter andern auch ausgemacht worden iſt, daß der den andern überlebende Gatte den verſtorbenen beerben ſoll. In der Folge aber macht Tullia ein Teſtament und ſetzt darin den Sempronius zum Erben ein. Dieſe Diſpoſition iſt ungültig und kan vom Cajus mit der Nullitätsquerel angefochten werden, denn Tullia konnte ihm ſein durch die Ehepacten erlangtes Recht durch ein nachheriges Teſtament nicht entziehen m).

Das forum, in welchem dieſe Klage anhängig zu machen, iſt eben dasjenige, wie bey der hereditatis petitione ſimplici.

§. 538.

m) *Stryck* de ſucc. ab inteſtato, diſs. VIII. Cap. V. §. 25.

§. 538.

Der **Kläger** iſt derjenige, welchem auf den Fall, daß das Teſtament nicht beſteht, ein Recht, den Verſtorbenen zu beerben, zuſteht, und der ſich nicht im Beſitz der Erbſchaft befindet; ingleichen deſſen Erbe. Das Recht aber, einen Verſtorbenen, auf den Fall, wenn das von demſelben errichtete Teſtament nicht beſteht, zu beerben, kan man haben:

1) vermöge der **Verwandſchaft**, oder eines **andern gültigen Teſtaments**, es ſey nach dem Civil- oder nach dem prätoriſchen Rechte. Z. B. es ſind zwey Teſtamente vorhanden, wovon das erſte gültig, das zweyte aber ungültig errichtet worden. Hier ſteht dem Erben, der im erſten Teſtamente eingeſetzt worden, wider den Erben aus dem zweyten, ein Erbfolgerecht zu, ob das zweyte gleich jünger iſt. Denn wegen ſeiner Ungültigkeit hat es das erſte gültige Teſtament nicht aufheben können n). Oder ein Ehemann, welcher gar keine Anverwandten mehr hat, macht ein ungültiges Teſtament. Hier kan ſeine nachgelaſſene Witwe querelam nullitatis teſtamenti dargegen anſtellen, weil ihr nach dem prätoriſchen Rechte, aus dem edicto: *Unde vir ex uxor*, die Erbfolge zuſteht.

2) Vermöge eines **beſondern Rechts**. So hat der Fiscus, das Collegium, wovon der Verſtorbene ein Mitglied geweſen, der dominus directus, ein Erbfolgerecht; wenn der Verſtorbene keine Anverwandten hinterlaſſen.

n) §. 7. I. Quib. mod. teſtam. infirm.

3) Aus einem Erbfolgevertrage. Dieſen hat der Teſtirer einſeitig durch ſein Teſtament nicht aufheben können (§. 537).

4) Vermöge Stadtrechts.

§. 539.

Der Beklagte iſt derjenige, welcher die Erbſchaft aus dem ungültigen Teſtamente angetreten hat, und ſolche als vermeintlicher Erbe beſitzet; inſofern auch deſſen Erbe. Gegen einen dritten Beſitzer aber, der ſich aus dem ungültigen Teſtament keine Erbfolge anmaaßet, findet die Querel nicht Statt, denn es würde vergeblich ſeyn, wider einen ſolchen die Ungültigkeit des Teſtaments auszuführen. Hat er ſich die Erbſchaft ſonſt als vermeintlicher Erbe, oder blos als Beſitzer angemaaßet, ſo muß die hereditatis petitio ſimplex wider ihn angeſtellt werden (§. 534). Z. B. wenn der Beklagte in dem ungültigen Teſtamente zwar zum Erben eingeſetzt worden, er mag aber aus ſolchem nicht ſuccediren, ſondern glaubt ſchon als ein Verwandter des Verſtorbenen, dieſen beerben zu können.

§. 540.

Das Geſuch anlangend, ſo iſt zwiſchen Teſtamenten, die gleich Anfangs ungültig errichtet und ſolchen, die erſt nach ihrer Errichtung ungültig worden, ein Unterſchied zu machen. Bey jenen bittet man: zu erkennen, daß das libellirte Teſtament zu Recht nicht beſtändig (für einen

zu Recht beſtändigen letzten Willen nicht zu achten). Bey Teſtamenten der letztern Art aber muß das Geſuch dem Umſtande, welcher die Ungültigkeit verurſacht, gemäß eingerichtet werden. Zum Beyſpiel: bitte zu erkennen, daß beregtes Teſtament durch meine Geburt rumpirt und aufgehoben worden, mithin zu Recht nicht beſtehe. In beyden Fällen aber wird mit gedachtem Geſuch zugleich die Schlußbitte verbunden: derowegen Beklagter die Erbſchaft nach einem zu Recht beſtändigen Inventarium, oder, in deſſen Ermangelung nach einer eydlich zu beſtärkenden Specification, an Klägern, als rechtmäßigen Erben, (z. B. als nächſten Inteſtaterben) mit allem Recht abzutreten ſchuldig. Dieſe Schlußbitte wird um deswillen hinzugefügt, weil die Teſtaments-Nullitäts-Querel eine Gattung der Erbſchaftsklage iſt (§. 530. 531.), indem ſie von demjenigen, dem auf den Fall der Ungültigkeit des Teſtaments, ein Erbfolgerecht zuſteht, angeſtellt wird; mithin muß das Geſuch nicht auf eine bloße Erklärung der Ungültigkeit des Teſtaments gerichtet werden. Es iſt daher ein Irrthum, wenn manche o) dafür halten, daß dieſer Anhang des Geſuchs aus der Cumulation der hereditatis petitionis ſimplicis mit der querela nullitatis teſtamenti, herfließe.

Durch die erfolgende Erklärung der Nichtigkeit des Teſtaments fällt alles, was darinne enthalten iſt, über den Haufen, außer wenn das Teſtament wegen der Präterition, oder verabſäumten Enterbungsform, als null angefochten worden. Hier fällt zwar die Erbein-

o) *Paelike* de action. Sect. IV. Cap. 2. Membr. 2. §. 5.

einſetzung weg; allein der übrige Inhalt des Teſtaments, z. B. die angeordneten Vermächtniſſe, bleibt bey Kräften p).

§. 541.

Der Beklagte kan aber dieſe Querel mit folgenden Einreden zernichten:

1) Das Teſtament ſey allerdings gültig. Z. B. es ſey ein privilegirtes Teſtament, als: ein teſtamentum militare, ein teſtamentum parentum inter liberos, wobey die ſonſt erforderlichen Solennitäten nicht zu beobachten geweſen; oder: der Teſtirer habe vom Landesherrn Erlaubniß gehabt, ſein Teſtament ohne Solennitäten zu errichten. Denn die bürgerlichen Geſetze hängen von den Willen des Landesherren ab: dieſer kan davon diſpenſiren. Genug, daß die Diſpenſation vor Errichtung des Teſtaments ertheilt worden. Dieſe Einrede hat der Beklagte zu beweiſen.

2) Es ſey kein nichtiges Teſtament. Wenn dieſe Einrede vorgeſchützt worden, hat der Kläger die Nichtigkeit des Teſtaments, wenn es keinen ſichtbaren Fehler hat, zu beweiſen, weil der Beklagte dadurch den Grund der Klage leugnet. Z. B. es hat Jemand ein gülti-

p) Nov. 115. Cap. 3. 4. *Hopp* ad §. 5. I. de liber. ex-her. *Stryck* de caut. taſtam. Cap. XIX. §. 46. 47.

gültiges Teſtament gemacht, darinne aber ſeine Anverwandten, die ihm, wenn er ohne Teſtament verſtorben wäre, ſuccedirt haben würden, übergangen und ſich eine fremde Perſon zum Erben ernennt. Darauf macht er aber ein anderes Teſtament, jedoch nur vor 5 Zeugen und ſetzt darinne, die im erſten Teſtamente übergegangenen Anverwandten zu Erben ein. Dies iſt kein nichtiges Teſtament q). — Jngleichen, es macht Jemand ein Teſtament, welchem er die Klauſel einverleibt: es ſolle dabey bleiben, und wolle er nicht, daß, wenn er nach der Zeit ein anderes Teſtament machen ſollte, dieſes gelte. Man nennt dieſe Klauſel die clauſulam derogatoriam. Deſſenungeachtet gilt das zweyte Teſtament vor dem erſten und iſt nicht als ein ungültiges Teſtament anzuſehen, quia nemo ſibi legem dicere poteſt, a qua recedere non poſſit. Vltima voluntas ambulatoria eſt vsque ad mortem r).

3) **Es ſey nicht ganz und gar ungültig.** Z. E. wenn der Name des einen Miterben ausgeſtrichen worden. Da bleibt deſſen ungeachtet das Teſtament in den übrigen Stücken gültig.

4) **Beklagtem gebühre, ohne Teſtament, vor Klägern die Erbfolge.** Dieſe Einrede bezieht ſich auf die Nähe der Verwandſchaft. Beklagter ſey nämlich dem Verſtorbenen näher verwandt, als Kläger, und

q) L. 21. §. 3. C. de teſtam.

r) L. 6. §. 2. D. de jure codicill. *Hopp* ad. §. 3. I. Quib. mod. teſtam. infirm.

und ſchlieſſe alſo Klägern von der Inteſtaterbfolge aus, wenn das Teſtament nicht gelten ſollte.

5) **Das Teſtament beſtehe als ein Codicill.** Wenn der Teſtirer ſeinem Teſtament die ſogenannte **Codicillar-Klauſel** angehängt hat, ſo wird ſolches, als codicilli ab inteſtato erhalten, wenn dabey ſoviel beobachtet worden, als zu dieſen erforderlich iſt s).

6) **Es gelte als ein mündlich ausgeſprochener letzter Wille.** Z. B. es hat Jemand zwar ein ſchriftliches Teſtament gemacht; allein er hat es zugleich den Zeugen vorleſen laſſen. Nach ſeinem Tode findet ſich bey der Eröffnung des ſchriftlichen Teſtaments ein Fehler bey der Unterſchrift und Unterſiegelung der Zeugen. Dieſes Teſtament gilt gleichwohl als ein teſtamentum nuncupativum.

7) **Es habe nach dem prätoriſchen Recht Gültigkeit.** Z. B. das Teſtament iſt durch ein nachgebohrnes Kind (per agnationem poſthumi) rumpirt worden, der Poſthumus aber iſt noch vor dem Teſtirer wieder geſtorben. Hier hat der im Teſtament eingeſetzte Erbe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas t). — Oder der Teſtirer hat das letztere Teſtament zerriſſen, damit das erſtere beſtehen möge. Hier hat der in dem erſtern Teſtamte eingeſetzte Erbe gleichfalls bonorum

s) L. vlt. §. vlt. C. de codicill. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1515.

t) L. 12. pr. D. de inj. rupt. irrit. teſt.

rum poſſeſſionem ſecundum tabulas v). — Ingleichen, wenn Jemand im Teſtamente ſeine Mutter übergangen hat, ſie ſtirbt aber noch bey ſeinem Leben, ſo wird das Teſtament doch noch durch das prätoriſche Recht erhalten x).

8) **Es habe die Kraft einer Vertheilung der Aeltern unter ihren Kindern.** Eine ſolche Vertheilung (diviſio parentum inter liberos) beſteht ohne alle Solennitäten. Der Mangel der Teſtamentsſtücke macht ſelbige nicht ungültig; denn ſie beſteht in keinem Teſtamente.

9) **Kläger habe das Teſtament genehmiget, agnoscirt.** Z. B. Kläger hat gewußt, daß das Teſtament fehlerhaft iſt, deſſenungeachtet aber ſich ſolches gefallen laſſen. Quilibet juri pro ſe introducto renunciare poteſt y); alſo hat er ſich dadurch dieſer Querel begeben. Allein iſt das auch eine ſtillſchweigende Genehmigung, wenn der Inteſtaterbe die ihm in dem ungültigen Teſtamente ausgeſetzten Vermächtniſſe angenommen hat, ohne das Teſtament als null anzufechten; — nein. Vermöge der L. 5. pr. D. de his, quae vt indignis auſer. z). Denn, wenn einer

v) L. 11. §. 2. D. de honor. poſſ. ſec. tab.

x) *Stryck* de ſucc. ab int. diſſ. IX. Cap. 4. §. 15. *Wernher* P. II. obſ. 354.

y) L. 39. C. de pactis.

z) *Leyſer* ſp. 93. med. 8.

ner gleich die Vermächtniſſe annimmt, ſo folgt daraus nicht, daß er das Teſtament ſelbſt, in Anſehung der Erbeinſetzung für ungültig anerkenne, und ſolche annoch mit der Nullitätsquerel anzufechten, ſich begebe. Soll die Annahme des Vermächtniſſes für eine Genehmigung des Teſtaments gehalten werden können, ſo müſſen dabey noch andere Umſtände eintreten, woraus ſolche gefolgert werden kann a). Ein ſolcher Inteſtaterbe wird auch der Vermächtniſſe, als ein Unwürdiger, nicht verluſtig, wenn er mit der querela nullitatis den Proceß nicht gewinnen ſollte b). Dies geſchieht nur bey der querela inoſſicioſi teſtamenti, weil man hier ſelbſt den Willen des Verſtorbenen als unbillig anſieht, und dies iſt in den Rechten verhaßt c). Dieſer Haß trift die Nullitätsquerel nicht d).

10) **Kläger habe doch kein Recht, die Erbſchaft zu fordern, wenn auch das Teſtament ungültig ſey ſollte.** Dies iſt die exceptio deficientis legitimationis ad cauſſam. Z. B. Kläger will auf den Fall, daß das Teſtament nicht beſteht, als ein Verwandter des Verſtorbenen denſelben beerben, Beklagter leugnet aber, daß Kläger ein Verwandter des Verſtorbenen ſey.

11)

a) L. 5. §. 1. D. de his, quae vt indign. aufer.

b) L. 5. pr. et §. 1. D. alleg. *Wernher* P. II. obſ. 407. *Carpzov* P. III. Conſt. 7. def. 24.

c) L. 8. §. 14. D. de inoff. teſt.

d) L. 24. D. de his, quae vt indign.

11) Die Querel ſey durch Verjährung erloſchen. Weil ſie eine ſpecies hereditatis petitionis iſt, ſo wird ſie in 30 Jahren verjährt e). Einige wollen zwar den Fall ausnehmen, wenn ſie wegen nicht beobachteter Enterbungsform angeſtellt würde; in dieſem Fall, meinen ſie, daure ſie, nach dem Exempel der querelae inofficioſi teſtamenti, nur 5 Jahre. Allein es iſt nirgends in den Geſetzen verordnet, daß in gedachtem Fall die querela nullitatis mit der querela inofficioſi teſtamenti von gleicher Dauer ſeyn ſolle. Letztere iſt auch von der querela nullitatis gar ſehr verſchieden, wie ſich bey der Abhandlung ſothaner Klage ergeben wird. Die querela inofficioſi teſtamenti ſetzt ein nach der Strenge der Rechte gültiges Teſtament voraus, welches man zu reſcindiren, die querela nullitatis teſtamenti hingegen wird wegen eines ungültigen Teſtaments angeſtellt, welches man für ungültig zu erklären bittet.

Endlich kan

12) in dem Fall, wenn ein Teſtament, weil es einem zuvor eingegangenen Erbfolgevertrage zuwider errichtet worden, als ungültig angefochten wird, die Einrede: daß der Erbfolgevertrag ungültig ſey, gemacht werden.

e) L. 7. C. de petit. hered. L. 8. C. de jure deliber.

Ende des zweyten Bandes.

Kurze
Ueberſicht
des Inhalts
des
zweyten Bandes.

§. 218. Uebergang von den Poſſeſſorienklagen, zu den Petitorienklagen. — Letztere ſind entweder Präjudicial- oder Zuſtandsklagen, oder Nichtpräjudicialklagen, Sachklagen. — Was Zuſtand (ſtatus) im juriſtiſchen Sinn bedeute? — Eintheilung deſſelben in den natürlichen und bürgerlichen. — Begreiff des Worts: Perſon — Perſonenrecht (jus perſona-

narum) — Was man unter Präjudicialklagen für Klagen zu verſtehen habe?

§. 218 a. Verſchiedenheit einer bloßen Imploration zur Erlangung eines Zuſtandes, von einer Präjudicialklage, und wenn von ſolcher Gebrauch zu machen?

§. 218 b. Wer ſich einer ſolchen Imploration bedienen könne?

§. 218 c. Gegen wen ſie Statt finde.

§. 218 d. Was in derſelben angeführt und wie das Geſuch abgefaßt werden müſſe?

§. 218 e. Anzeige der erheblichſten Einreden gegen gedachte Imploration. — Ein Muſter von ſolcher.

§. 218 f. Von der Imploration in Anſehung eines Zuſtandes (imploratio intuitu ſtatus) und wenn dergleichen Statt finde?

§. 219. Auf wie mancherley Art in Anſehung des Streits über einen gewiſſen Zuſtand, geklagt werden könne. — Anzeige der poſſeſſoriſchen und der petitoriſchen Rechtsmittel zu gerichtlicher Anhängigmachung eines Streits über einen gewiſſen Zuſtand. — Ob die Präjudicialklagen ſummariſch zu behandeln?

§. 220. Eintheilung der Präjudicialklage in die bejahende (affirmativa) und in die verneinende (negativa). — Beide Arten ſind entweder ſchlechthin bejahend, ſchlechthin verneinend, (actio praejudicialis affirmativa, aut negativa *directa*); oder entgegengeſetzterweiſe bejahend, oder verneinend (actio praejudicialis affirmativa, aut negativa *contraria*).

§. 221. 222. Beſtimmung: wer die bejahende, entweder directe, oder entgegengeſetzte, und wer die verneinende, entweder directe, oder entgegengeſetzte Präjudicialklage anzuſtellen habe?

§. 223. Die Präjudicialklage findet auch vtiliter Statt. — In welchem Gerichtsſtande Präjudicialklagen überhaupt, anhängig zu machen.

§. 224. Ob die Präjudicialklagen rei perſecutoriae oder poenales ſind? — Inwiefern ſie auf die Erben übergehen?

§. 225. Grund von der actione praejudiciali *affirmativa directa*.

§. 226. 227. Wem ſie zuſtehe? — und gegen wen ſie anzuſtellen?

§. 228. Wie bey ſolcher das Geſuch abzufaſſen ſey?

§. 229. Einreden, welche gegen gedachte Klage Statt finden. — Ein Formular dieſer Klage.

§. 230. Grund von der actione praejudiciali *negativa directa*.

§. 231. 232. Wer Kläger, und wer Beklagter bey dieſer Klage ſey?

§. 233. Vom Geſuch bey ſolcher.

§. 234. Was für Einreden gegen ſelbige Statt finden? — Ein Formular von gedachter Klage.

§. 235 — 244. Von der actione praejudiciali affirmativa et negativa *contraria*. — Formulare zu dieſen Klagen.

§. 245. Wie vielfach der Zuſtand bey den Römern geweſen?

§. 246. Eintheilung der Menſchen nach dem natürlichen Zuſtande.

§. 247. Der natürliche Zuſtand bringt ſowohl eine bejahende, als eine verneinende Präjudicialklage hervor.

§. 248. Begriff eines freyen Menſchen, eines Sclaven und der Sclaverey. — Eintheilung der freyen Menſchen in freygebohrne (ingenui) und freygewordene (manumiſſi, libertini). — Vierfacher Zuſtand des Menſchen in Beziehung auf die Freyheit.

§. 249. Uebergang zu den wegen des Zuſtandes der Freyheit und wegen des Zuſtandes der Knechtſchaft Statt findenden Klagen, beſonders zu der petitoriſchen *actione de liberali cauſſa.* — Eintheilung derſelben in die bejahende und in die verneinende — ob ſie eine dingliche Klage ſey? — in Anſehung welcher Perſonen ſolche heut zu Tage vtiliter gebraucht werden könne?

§. 250. Begriff der herrſchaftlichen Gewalt (poteſtas dominica). — Die Behauptung derſelben iſt der Grund der actionis de liberali cauſſa *affirmativae.* — Auf wie vielerley Art man zur herrſchaftlichen Gewalt gelange? — In welchem Gericht vorhin gedachte Klage anzuſtellen?

§. 251. Wer ſich ſothaner Klage bedienen könne?

§. 252. Gegen wen ſie anzuſtellen?

§. 253. Worauf der Kläger ſein Geſuch zu richten habe?

§. 254. Was für Einreden gegen ſolche vorgeſchützt werden können?

§. 255.

§. 255. Von der actione de liberali cauſſa *negativa directa* — ihr Grund — vom aſſertore, ſ. vindice alienae libertatis, nach dem alten römiſchen Recht.

§. 256. Wem ſie zuſtehe?

§. 257. Wer der Beklagte bey ſelbiger ſey?

§. 258. Um was der Kläger bey ſolcher zu bitten habe?

§. 259. Von den gegen ſelbige dem Beklagten zu Statten kommenden Einreden.

§. 260. Von der actione de liberali cauſſa *vtili* — in Anſehung welcher Perſonen ſie heut zu Tage Statt finde?

§. 261. Die in Anſehung des Zuſtandes der Knechtſchaft und der Freyheit Statt findenden Poſſeſſorienklagen werden angezeigt. — Zu ſolchen gehört unter andern das interdictum de libero homine exhibendo.

§. 262. Grund dieſes Interdicts.

§. 263 — 265. Wer dieſes Interdict anſtellen könne — gegen wen es die Geſetze ertheilen, und von dem Geſuch bey ſelbigem.

§. 266. Von den dagegen Statt findenden Einreden — Erörterung der Frage: ob dieſes Rechtsmittel praktiſchen Nutzen habe?

§. 267. Die Klagen, die wegen des Zuſtandes der Freylaſſung und wegen des Zuſtandes der freyen Geburt Statt finden, werden nahmhaft gemacht.

§. 268.

§. 268. Von der actione de *libertinitate* ſ. actione *patronatus*. — Begriff eines Freygelaſſenen (libertinus). — Auf wie mancherley Art einer bey den Römern ein Freygelaſſener wurde. — Begriff der Freylaſſung (Manumiſſion). — Erklärung des Worts: Patron, nach römiſchem Recht — vom römiſchen Patronatrecht.

§. 269. Von der actione de *ingenuitate*.

§. 270. Ob dieſe und die vorhergehende Klage heut zu Tage in Anſehung unſerer Leibeigenen anwendbar ſey?

§. 271. Der Urſprung der ſogenannten Diffamationsklage, oder der Provocation ex L. (5, C. de ingenuis manumiſſis) *Diffamari* wird unterſucht.

§. 272. Vom Grunde gedachten Rechtsmittels, welcher in einer Diffamation beſtehen muß. — Begriff dieſes Worts — Was vorauszuſetzen, wenn erwähntes Rechtsmittel Statt finden ſoll — vor welchem Richter es angeſtellt werden müſſe — Gewiſſe Eigenheiten deſſelben.

§. 273 — 275. Wer von dieſem Rechtsmittel Gebrauch machen könne — gegen wen es Statt finde — und worauf das Geſuch bey deſſen Anſtellung zu richten?

§. 276. Von den mancherley dagegen zuläßigen Einreden.

§. 277. Eintheilung der Perſonen in Beziehung auf den Zuſtand des Bürgerrechts (ſtatus civitatis), in Bürger und Nichtbürger, oder Fremde. — Römiſches Bürgerrecht — Eintheilung deſſelben — vom heutigen Nutzen dieſes Unterſchieds

ſchieds — Wie vielerley noch bey uns, in Deutſchland, das Bürgerrecht ſey?

§. 278 — 281. Von der actione civitatis affirmativa *directa* — wenn ſie Statt finde — wie der Zuſtand der Bürgerſchaft erworben werde — Wer dieſe Klage anſtellen könne, und gegen wen ſie Statt finde — Worauf das Geſuch bey ſelbiger zu richten?

§. 282. Was für Einreden derſelben entgegengeſetzt werden können? — Bey welchem Gerichte ſie anhängig zu machen?

§. 283 — 287. Von der actione civitatis *negativa directa*.

§. 288. Von der actione civitatis *affirmativa* und *negativa contraria*.

§. 289. Mancherley Bedeutungen des Worts: *familia*, nach römiſchem Recht — Actio *familiae* und deren Eintheilung in die bejahende und verneinende.

§. 290. Die Familienklage findet Statt I) wegen des ehelichen Zuſtandes — Was dieſer bedeute — Begriff der Ehe und des Eheverlöbniſſes — Doppelte Art der in Anſehung des ehelichen Zuſtandes vorkommenden Klagen.

§. 291. Uebergang zu den Klagen, die wegen eines Eheverlöbniſſes Statt finden—Vom Unterſchied zwiſchen einem Verlöbniß und dem Vertrage des erſt zu ſchließenden Verlöbniſſes; ingleichen zwiſchen dem letztern und den Verlöbnißtraktaten — ob aus dem pacto de ſponſalibus ineundis, geklagt werden könne?

§. 292.

§. 292. Von den Perſonen, die verbunden ſind, wenn ſie ſich verloben wollen, ſich die Einwilligung eines Dritten zu erbitten. — Aus welchen Urſachen Aeltern ihren Kindern die Einwilligung in die Verheyrathung derſelben, verweigern können? — Von der den Kindern zu Statten kommenden Imploration um Ergänzung des älterlichen Conſenſes — Was in ſolcher anzuführen?

§. 293. Die Klagen werden angezeigt, welche Statt finden, wenn die verlobte Perſon entweder die Vollziehung der Ehe verlangt, oder an das Verlöbniß nicht gebunden ſeyn will.

§. 294. Vom Grunde der actionis *ex ſponſu* — ob ſie den Römern bekannt geweſen? — von der Eintheilung der Verlöbniſſe, in öffentliche (publica) und heimliche (clandeſtina) — Wie die Schließung eines Verlöbniſſes zu beweiſen?

§. 295 — 297. Wer der Kläger bey der action ex ſponsu ſey? — wer der Beklagte, ingleichen wie das Geſuch abgefaßt werden müſſe? — was Rechtens, wenn der Beklagte die Vollziehung der Ehe durchaus verweigert.

§. 298. Von den Einreden, welche gegen die actionem ex ſponſu Statt finden.

§. 299. Begriff eines ungültigen Eheverlöbniſſes — Von den Eigenſchaften, die Perſonen, welche ſich verloben wollen, beſitzen müſſen. — Verſchiedene Arten von ungültigen Verlöbniſſen — Grund der Querel des ungültigen Verlöbniſſes (querela nullitatis ſponſaliorum).

§. 300.

§. 300 — 302. Wem dieſe Klage zuſtehe? — gegen wen ſie Statt finde? — wie das Geſuch bey ſolcher abzufaſſen?

§. 303. Die Einreden, die ſolcher entgegengeſetzt werden können, werden angezeigt. — Ein Formular von ſelbiger.

§. 304. Grund der Repudienklage — Begriff eines *Repudii*, und auf wie vielerley Art dergleichen geſchehen könne?

§. 305 — 307. Vom Kläger, vom Beklagten und vom Geſuch bey der Repudienklage

§. 308. Welcher Einreden der Beklagte ſich bedienen könne?

§. 309. Uebergang zu den Klagen, die ſich auf den bereits errichteten ehelichen Zuſtand beziehen — Claſſificirung der desfalſigen petitoriſchen.

§. 310 — 319. Von der Präjudicialklage *de ſtatu conjugali*, oder derjenigen Klage welche Statt findet, wenn darüber: ob Jemand eines Andern Ehegatte ſey, oder nicht ſey? geſtritten wird.

§. 320. Die übrigen auf einen errichteten ehelichen Zuſtand ſich beziehenden Klagen, bey welchen der Streitpunkt nicht die Frage: Ob Jemand eines Andern Ehegatte ſey? ſondern etwas Anders betrift, werden im Allgemeinen angezeigt.

§. 321. Grund der Ehenichtigkeitsklage (actio nullitatis matrimonii) — Begriff einer nichtigen Ehe — abſolute und reſpectiviſche Nichtigkeit — Begriff eines vernichtenden Ehehinderniſſes die abſoluten Ehenichtigkeitsurſachen werden einzeln abgehandelt — ſo auch die reſpectiviſchen — beſonders vom Unvermögen zum Beyſchlaf.

§. 322 — 324. Vom Kläger, Beklagten und Geſuch bey der Ehenichtigkeitsklage.
§. 325. Von den gegen ſolche Statt findenden Einreden.
§. 326. Begriff der Eheſcheidungsklage und der Eheſcheidung, — ob gänzliche Trennung der Ehe in der katholiſchen Kirche Statt finde? — ob, in der proteſtantiſchen? — Grund der Eheſcheidungsklage — rechtmäßige Urſachen derſelben nach proteſtantiſchem Kirchenrecht.
§. 327. 328. Vom Kläger und Beklagten bey der Eheſcheidungsklage.
§. 329. Vom Geſuch.
§. 330. Die gegen ſolche Statt findenden — Einreden werden angezeigt.
§. 331. Begriff der Deſertionsklage, und der Deſertion, oder böslichen Verlaſſung (deſertio malitioſa) — wenn letztere eine gerechte Urſache zur Eheſcheidung ſey — Unterſuchung der Frage: in welchem Gericht die Deſertionsklage anzuſtellen?
§. 332. 333. Wer bey gedachter Klage der Kläger, und wer der Beklagte ſey? Von der dem Kläger vor Verhängung des Deſertionsproceſſes, obliegenden Beſcheinigung der böslichen Verlaſſung.
§. 334. Wie das Geſuch bey der Deſertionsklage abzufaſſen? — In welchem Fall der Beklagte edictaliter vorgeladen werden könne, und wenn eine bloße Privatcitation Statt finde? — Auf wie viel Stücke die Edictalcitation zu richten? — Was Rechtens wenn der Vorgeladene ſich einfindet, oder wenn er außenbleibt? — was alsdenn, wenn er, nach rechtskräftig gewordener Sentenz, ſich einfindet.

§. 335. **Einreden** gegen die Deſertionsklage.

§. 336. Begriff der **Scheidung von Tiſch und Bette** (ſeparatio a thoro et menſa). Sie geſchieht entweder **auf Lebenszeit** (perpetua) oder nur auf **eine Zeitlang** (temporaria). — Begriff des Worts: **Sävitien.** Dergleichen begründen eine beſondere Klage, die ſogenannte **Sävitienklage.**

§. 337. 338. Vom **Kläger** und vom **Beklagten** bey dieſer Klage.

§. 339. Vom **Geſuch** bey ſelbiger. — Ob dieſe Klage mit der actione diuortii cumulirt werden könne?

§. 440. **Einreden**, die gegen die Sävitienklage vorgeſchützt werden können.

§. 341. Uebergang zu den Klagen, die **wegen gewiſſer ſtrittigen Rechte** in Anſehung **des ehelichen Zuſtandes** Statt finden. — Was ein ſolcher Streit betreffen könne? — Von einer bloßen Imploration in Anſehung des ehelichen Zuſtandes.

§. 342. Begriff des Worts: **Alimente (Unterhalt)** — die Alimente ſind entweder **natürliche**, oder **bürgerliche** — in Anſehung welcher Perſonen dieſer Unterſchied in Betracht komme? — Ein Streit über Alimente läßt ſich auf zweyerley Art gedenken. — Wann die **Alimentenklage** eintrete?

§. 343. **Grund** dieſer Klage — doppelte **Quelle** der Verbindlichkeit, Jemanden Alimente zu geben, nämlich entweder eine **verbindliche Handlung**, oder die **unmittelbare Verordnung der Geſetze.** — Die Urſachen, aus welchen **die Geſetze unmittelbar** Jemanden die Pflicht, einem Andern Unterhalt zu geben, auferlegen, werden angezeigt — Was vorauszuſetzen ſey, wenn dieſe Verbindlichkeit würkſam ſeyn ſoll?

§. 344. Die Perſonen, welche von einem Andern nach unmittelbarer Verordnung der Geſetze, Alimente zu fordern, berechtigt und alſo Kläger bey der Alimentenklage ſind, werden angezeigt.
§. 345. Vom Beklagten bey der Alimentenklage.
§. 346. Vom Geſuch.
§. 347. Von den gegen ſolche Statt findenden Einreden.
§. 348. 349. Begriff der Wörter: Mitgift, Brautgabe, Brautſchatz, Ehesteuer, Heyrathsgut (dos) Eintheilung der Mitgift in freywillige (voluntaria) und nothwendige (neceſſaria) — Erörterung der Frage: ob dieſe Eintheilung noch heut zu Tage von praktiſchem Nutzen ſey?
§. 350. Von dem Grunde der actionis dotis petendae, oder de dote petenda.
§. 351. Wem ſie zuſtehe?
§. 352. Gegen wen ſie Statt habe?
§. 353. Wohin das Geſuch bey ſelbiger zu richten?
§. 354. Einreden, die dagegen Statt finden.
§. 355. Was bey den Römern donatio propter nuptias geweſen? — Klagen, die wegen derſelben Statt finden.
§. 356. Von den der Wiedererlangung des Brautſchatzes wegen Statt findenden Klagen, und zwar I) von den petitoriſchen. Unter dieſe gehört mit die actio dotis repetendae, ſ. pro dote repetenda.
§. 357. Grund derſelben. — Vom Beweiß des Einbringens der Eheſteuer — Vermuthungen, die dabey eintreten — in welchen Fällen eine Ehefrau ihr Eingebrachtes noch während der Ehe zurückfordern könne?

§. 358. Vom Kläger bey der actione dotis repetendae — inwiefern ſie einem Fremden, welcher eine Frau ausgeſtattet hat, zuſtehe?

§. 359. Vom Beklagten — Inwiefern Jemand mit dieſer Klage in Anſpruch genommen werden könne, welcher zwar den Empfang einer Eheſteuer ſchriftlich bekannt, ſolche aber würklich nicht erhalten hat?

§. 360. Vom Geſuch und was in Anſehung der Reſtitution des Brautſchatzes Rechtens Unterſchied zwiſchen einem dote *venditionis* cauſſa aeſtimata, und zwiſchen einem dote *taxationis* cauſſa aeſtimata.

§. 361. Von den Einreden gegen gedachte Klage.

§. 362. II) Poſſeſſoriſche Rechtsmittel, um den Brautſchatz wiederzuerlangen, und zwar 1) gerichtliche 2) außergerichtliche; und zwar, ſoviel die der letztern Art anbetrift, beſonders vom Retentionsrecht einer Ehefrau.

§. 363. Von der actione propter nuptias repetendae, und ihrem Grunde.

§. 363. a) Vom Kläger.

§. 363. b) Vom Beklagten.

§. 363. c) Vom Geſuch.

§. 364. Von den hauptſächlichſten gegen ſolche zuläßigen Einreden.

§. 365. Poſſeſſorienklagen in Anſehung des errichteten ehelichen Zuſtandes (§. 309) — beſonders von dem interdicto de vxore exhibenda ac ducenda, deſſen — Grunde — und den dagegen findenden Einreden.

§. 366. Uebergang zu der Familienklage wegen des älterlichen Zuſtandes (§. 289) — Begriff des älterlichen Zuſtandes — Verſchiedene Gegenſtände

ſtände eines auf dieſen Zuſtand ſich beziehenden Streits; nämlich ein ſolcher Streit kan betreffen:
§. 367. I) Die Aeltern- oder Kindſchaft ſelbſt. Die mancherley Klagen, welche deshalb Statt finden, werden angezeigt und ſind:
§. 368. 1) die actio paterna oder materna *affirmativa* — Grund derſelben — Wie der Beweiß der Vaterſchaft zu führen?
§. 369. Wem dieſe Klage zuſtehe?
§. 370. Gegen wen ſie Statt finde?
§. 371. Wie das Geſuch bey ſelbiger abzufaſſen?
§. 372. Einreden, die gegen ſolche Statt finden.
§. 373. 2) Die actio paterna, oder materna *negativa* — ihr Grund.
§. 374. Vom Kläger bey ſolcher.
§. 375. Vom Beklagten.
§. 376. Vom Geſuch.
§. 377. Von den Einreden dagegen.
§. 378. 3) Die actio filialis *affirmativa* — ihr Grund — Vom Beweiſe, daß man ein Kind von Jemanden ſey.
§. 379. Wer der Kläger ſey?
§. 380. Wer der Beklagte?
§. 381. Vom Geſuch bey dieſer Klage.
§. 382. Von den gegen ſolche zuläßigen Einreden.
§. 383 — 387. 4) Die actio filialis *negativa*.
§. 388. 5) Die actio de partu agnoscendo — doppelte Gattung derſelben. Sie iſt nämlich
§. 389. a) theils *directa* — Grund derſelben.
§. 390. Wem ſie zuſtehe?
§. 391. Gegen wen ſie anzuſtellen?
§. 392. Wohin dabey das Geſuch zu richten?
§. 393. Was für — Einreden dem Beklagten zu Statten kommen?

§. 394. b) theils *vtilis* – doppelte Verbindlichkeit eines Schwängerers — Grund dieſer Klage.
§. 395. Vom Kläger bey ſelbiger.
§. 396. Vom Beklagten.
§. 397. Vom Geſuch – die im §. 394. im Allgemeinen angezeigten Verbindlichkeiten eines Schwängerers werden näher entwickelt — In welchem Gericht gedachte Klage anzuſtellen?
§. 398. Von den Einreden gegen ſelbige.
§. 399. 409. Uebergang zu einem andern Gegenſtande eines Streits in Anſehung des älterlichen Zuſtandes. Dieſer Streit kan II) die väterliche Gewalt betreffen. — Die verſchiedenen deshalb Statt findenden Klagen werden angezeigt. Zu ſolchen gehört unter andern, als ein poſſeſſoriſches Rechtsmittel das interdictum de liberis exhibendis, item ducendis.
§. 410. Grund dieſes Rechtsmittels. — Vom jure ductionis. — Gedachtes Interdict iſt entweder *directum*, oder *vtile*.
§. 411. Wer von erwähntem Interdict Gebrauch machen könne?
§. 412. Gegen wen es Statt finde?
§. 413. Wohin die Bitte bey ſelbigem zu richten?
§. 414. Von den dagegen Statt findenden Einreden.
§. 415. Die Familienklage in Anſehung des älterlichen Zuſtandes kan III) auch gewiſſe auf den älterlichen Zuſtand unmittelbar ſich beziehende Verbindlichkeiten betreffen. — Von der actione de emancipandis liberis.
§. 416. 417. Von der Familienklage wegen des hausherrlichen Zuſtandes (actio de ſtatu herili) — Perſonen, zwiſchen welchen dieſer Zuſtand vorhanden — Ob gedachte Klage heut
zu

zu Tage noch von Nutzen? — Von der Verbindlichkeit unſers heutigen Geſindes zu Verrichtung häuslicher Dienſte.

§. 418. 419. Von der **Familienklage** wegen des **Verwandſchaftszuſtandes** — verſchiedene Benennungen derſelben.

§. 420. Uebergang von den Präjudicialklagen zu den **Nichtpräjudicial- oder Sachklagen.** — Begriff derſelben — ihre Eintheilung in **dingliche** und **perſönliche.** — Begriff eines **dinglichen Rechts** und einer **dinglichen Klage.**

§. 421. **Grund** einer dinglichen Klage.

§. 422. Vom **Kläger** bey einer ſolchen.

§. 423. Vom **Beklagten.** — Wer **erdichteter**weiſe beſitze?

§. 424. Wie das **Geſuch** bey einer **dinglichen** Klage einzurichten?

§. 425. Ob dergleichen Klagen den **Erben** zuſtehen und **gegen** die **Erben** Statt finden?

§. 426. In welchem Gerichtsſtande ſie anhängig zu machen?

§. 427. Was für Einreden überhaupt gegen ſolche Klagen Statt finden?

§. 428. Die verſchiedenen Gattungen des dinglichen Rechts werden angezeigt.

§. 429. 430. Bedeutung des Worts: **Eigenthum** im weitern und im engern Sinn — Von der Einrede des **Eigenthums.**

§. 431. Was für eine Klage aus dem **Eigenthumsrecht** entſpringe? — Wie vielerley ſolche ſey?

§. 432. Der Grund von der rei vindicatione civili, oder eigentlichen **Eigenthumsklage**, wird angezeigt — Dieſe Klage iſt entweder directa, oder vtilis. — Welche Perſonen das beſondere Vorrech

recht haben, daß eine mit ihrem Gelde erkaufte Sache nicht das Eigenthum des Käufers, ſondern zur Hülfe ihr Eigenthum wird.
§. 433. Wem die Reivindication zuſtehe?
§. 434. Gegen wen ſie Statt finde? — Schwierigkeiten beym Beweiſe des Eigenthums.
§. 435. Vom Haupt- und Nebengeſuch bey der Eigenthumsklage. — Erklärung des Ausdrucks: daß Beklagter die Sache *cum omni cauſſa* reſtituiren ſoll, und was unter *omnis cauſſa* begriffen werde?
§. 436. Einreden gegen die Eigenthumsklage. — In welchem foro ſie anzuſtellen.
§. 437. Urſprung der Publicianiſchen Klage (actio Publiciana) — Grund derſelben — Begriff des erdichteten, oder prätoriſchen Eigenthums.
§. 438. Vom Kläger bey der Publicianiſchen Klage.
§. 439. Vom Beklagten — Erklärung des Ausdrucks: *infirmiori* jure poſſidere.
§. 440. Vom Geſuch.
§. 441. Von den dem Beklagten zu Statten kommenden Einreden — Formular einer Reivindicationsklage, mit welcher die Publicianiſche alternativiſch cumulirt worden.
§. 442. Grund und Urſprung der Reſciſſorienklage (actio reſciſſoria) — Eintheilung derſelben in die dingliche und perſönliche.
§. 443. Wer ſolche anſtellen könne?
§. 444. Wider wen ſie Statt habe?
§. 445. Wohin die Bitte bey ſelbiger zu richten?
§. 446. Was für Einreden dem Beklagten zu Statten kommen?
§. 447. Urſprung und Grund der Paulianiſchen Klage (actio Pauliana) — ſie iſt ebenfalls, wie die

die Reſciſſorienklage, entweder eine dingliche, oder eine perſönliche.
§. 448. Wer dieſe Klage anzuſtellen berechtiget?
§. 449. Wer mittelſt ſolcher belangt werden könne?
§. 450. Wie das Geſuch bey ſolcher abzufaſſen?
§. 451. Was für Einreden dagegen zuläßig?
§. 451. a) Von der Abſonderung in einem Concurs der Gläubiger — verſchiedene Arten derſelben — vom remedio indemnitatis.
§. 452. Von den einem Eigenthümer zu Statten kommenden perſönlichen Klagen — insbeſondere von der actione ad exhibendum und actione in factum.
§. 453. Poſſeſſoriſche Rechtsmittel eines Eigenthümers, beſonders von dem unter ſolchen mit begriffenen interdicto de ſuperficiebus. — Begriff des Worts: *Superficies*.
§. 454 — 456. Grund des interdicti fraudatorii, ingleichen wer ſich deſſen bedienen könne und gegen wen es Statt finde?
§. 457. Geſuch bey dieſem Interdict.
§. 458. Einreden dagegen.
§. 459. Begriff eines Dienſtbarkeitsrechts, einer Servitut — Welche Klagen Statt finden, wenn man auf Jemandes Sache erſt eine Servitut erlangen will?
§. 460. Actio *confeſſoria* und *negatoria* — verſchiedener Zweck derſelben.
§. 461. Von dem Grunde der actionis confeſſoriae *directae* — verſchiedene Benennungen derſelben in Beziehung auf den Nießbrauch.
§. 462. Wer dieſe Klage anſtellen könne?
§. 463. Gegen wen ſie Statt finde?
§. 464. Wie das Geſuch bey ſelbiger abzufaſſen?
§. 565. Mit welchen Einreden ſie zernichtet werden könne?

§. 466. Actio negatoria *directa*, - deren Grund und verſchiedene Benennungen – iſt entweder *abſoluta* oder *reſpectiva*.
§. 467. Vom Kläger bey ſolcher.
§. 468 Vom Beklagten.
§. 469. Vom Geſuch.
§. 470. Von den dagegen Statt findenden Einreden.
§. 471. Grund der actionis confeſſoriae *vtilis*.
§. 472. Wem ſolche zuſtehe?
§. 473. Gegen wen ſie Statt habe?
§. 474. Worauf man bey ſolcher das Geſuch zu richten?
§. 475. Was für Einreden dagegen zuläßig?
§. 476. Grund der actionis negatoriae *vtilis*.
§. 477. Wer ſich derſelben bedienen könne?
§. 478. Gegen wen ſie anzuſtellen?
§. 479. Vom Geſuch.
§. 480. Einreden dagegen.
§. 481. Von den Klagen, die zu gebrauchen, wenn ein Dienſtbarkeitsrecht zu Ende gegangen.
§. 482 — 485. Von den poſſeſſoriſchen, der Servituten wegen Statt findenden Rechtsmitteln. — Beſonders vom interdicto de itinere, quo venditor vſus eſt; de itinere, actuque privato; de uon impedienda refectione; de aquae ductu; de aqua quotidiana; de aqua aeſtiva; de aqua ex caſtello; de rivis reficiendis; de aqua fontana; de non impedienda refectione et purgatione fontis, lacus et piſcinae; de cloacis.
§. 486. Begriff des Pfandrechts — Eintheilung deſſelben in jus pignoris *ſtricte ſic dictum*, und in jus *hypothecae* — was für eine Klage Statt finde, wenn man ein Pfandrecht erſt erlangen will?
§. 487. Grund der hypothekariſchen, oder Pfand-klage (actio hypothecaria).

§. 488. Wem dieſe Klage zuſtehe? — ſie heißt bald actio *Serviana*, bald actio *quaſi* — *Serviana*, *ſ. Serviana utilis.*
§. 489. Wer mittelſt ſolcher hafte?
§. 490. Wohin das Geſuch bey ſolcher zu richten? — Inwiefern eine alternativiſche Cumulation der Pfandklage mit der perſönlichen condictione ex mutuo, zuläßig? — zuweilen kan das Geſuch auch executiviſch abgefaßt werden.
§. 491. Von den Einreden gegen die hypothekariſche Klage.
§. 492. 493. Poſſeſſoriſche Rechtsmittel eines Pfandgläubigers und zwar 1) *adipiſcendae* poſſeſſionis.
§. 494. Vom interdicto Salviano und deſſen Grunde.
§. 495. Wem es zuſtehe — iſt entweder Salvianum *ſimpliciter* ſic dictum, *ſ. directum*, oder *Quaſi*-Salvianum, ſ. Salvianum *utile*.
§. 496. Gegen wen gedachtes Interdict Statt finde?
§. 497. Wie das Geſuch bey ſelbigem abzufaſſen?
§. 498. Was für Einreden dagegen gebraucht werden können?
§. 499. Grund des interdicti ex L. 3. C. de pignorib. — Begriff des pacti de ingrediendo.
§. 500. 501. Wem u. gegen wen dieſes Interdict zuſtehe?
§. 502. Von der Bitte bey deſſen Anſtellung.
§. 503. Von den dagegen Statt findenden Einreden.
§. 504. Ein Pfandgläubiger hat 2) auch remedia *retinendae* poſſeſſionis, nicht weniger
§. 505. 3) remedia *recuperandae* poſſeſſionis.
§. 506. Uebergang zu den Rechtsmitteln wegen der Nachfolge in die Güter eines Verſtorbenen, inſonderheit von den des Erbſchaftrechts wegen Statt findenden Klagen. — Was die Nachfolge in die Güter eines Verſtorbenen, ingleichen ein Nachfolger, ſey. — Unterſchied zwiſchen
einem

einem allgemeinen (ſucceſſor *univerſalis*) und beſondern (ſucceſſor *ſingularis*) Nachfolger. — Die Rechtsmittel, die auf die Nachfolge abzwecken, ſind theils vorbereitende, theils hauptſächliche.
§. 507. Die die Nachfolge vorbereitenden Rechtsmittel werden angezeigt.
§. 508. 1) Von der imploratione pro adipiſcenda adminiſtratione bonorum, ſub cautione — ihr Grund — was ein Verſchollener ſey?
§. 509. Wem dieſe Imploration zuſtehe?
§. 510. Gegen wen ſie Statt finde?
§. 511. Wohin ſie abzwecke, und was man alſo bey deren Anſtellung zu bitten.
§. 512. Von den gegen ſolche Statt findenden Einreden.
§. 513. Von der imploratione pro obtinenda ſucceſſione in bona diu abſentis, — ihr Grund und ihre Verſchiedenheit von der vorhergehenden Imploration.
§. 514. Vom Imploranten.
§. 515. Vom Imploraten.
§. 516. Was in der Imploration anzuführen, und wohin das Geſuch zu richten ſey?
§. 517. Was Rechtens, wenn der Abweſende im anberaumten Termine erſcheint, und wenn er außenbleibt.
§. 518. 2) Von der imploratione pro obtinenda obſignatione judiciali rerum hereditariarum — Begriff der gerichtlichen Verſiegelung — Wenn ſolche Amtswegen vom Richter zu veranſtalten — Grund gedachter Imploration — Von der Art und Weiſe, wie bey der Verſiegelungshandlung zu Werke gegangen werde.
§. 519. 3) Von der imploratione de edendo inventario, aut jurata ſpecificatione — Begriff eines Inventariums — und der Inventur — Unterſchied zwiſchen einem Inventarium u. einer eydlichen Specification. — Grund dieſer Imploration.

§. 520.

§. 520. Wer dieſe Imploration anſtellen könne?
§. 521. Gegen wen ſie Statt habe?
§. 522. Vom Geſuch bey ſolcher.
§. 523. Was für Einreden dagegen vorgeſchützt werden können? — Formular einer ſolchen Imploration.
§. 524. 4) Vom interdicto de tabulis exhibendis — Grund deſſelben — Bedeutung des Worts: *tabulae*.
§. 525. Wem gedachtes Interdict zuſtehe?
§. 526. Gegen wen es anzuſtellen?
§. 527. Wie das Geſuch bey deſſen Anſtellung zu faſſen?
§. 528. Was für Einreden gegen ſolches vorgeſchützt werden können — Formular zu einer Imploration aus gedachtem Interdict.
§. 529. Uebergang von den vorbereitenden Rechtsmitteln zur Succeſſion, zu den hauptſächlichen.
§. 530. 531. Die Rechtsmittel eines Erben, um die Erbfolge zu überkommen werden angezeigt.
§. 532. Grund der Erbſchaftsklage (hereditatis petitio ſimplex).
§. 533. Wem ſolche zuſtehe?
§. 534. Gegen wen ſie Statt finde?
§. 535. Vom Geſuch.
§. 536. Von den Einreden dagegen.
§. 537. Grund der Teſtamentsnichtigkeitsquerel (querela nullitatis teſtamenti). — Begriff eines ungültigen, nichtigen Teſtaments überhaupt (teſtamentum nullum, in genere) — Verſchiedene Gattungen eines ungültigen Teſtaments, — Vom foro, in welchem die querela nullitatis teſtamenti anzuſtellen.
§. 538. Vom Kläger bey ſelbiger.
§. 539. Vom Beklagten.
§. 540. Vom Geſuch.
§. 541. Von den dagegen Statt findenden Einreden.

Druck-

Druckfehler.

Seite 289. Zeile 7. ließ ſtatt: des bloßen Beſitzers — des bloßen Beſitzes.

— 339. Note p. Zeile 2. ließ ſtatt: *vel via* — *vel viae*.

— 353. gleich oben, iſt die Zahl des Paragraphen nicht angezeigt, und ſollte §. 470. dort ſtehen.

— 397. Note q. Zeile 4. ließ ſtatt: Juſtian — Juſtin.

— 411. Zeile 4. von unten, ließ ſtatt: ſucceſſores *ſingulares* — ſucceſſores *univerſales*.

— 417. Zeile 1. ließ ſtatt: Implorant — Implorat.

— 445. Zeile 5 von oben, ließ ſtatt: erreichtet — errichtet.

— 454. Zeile 5 von unten, ließ ſtatt: der ſchlechthin ſogenannten — der qualificirten.

— 457. §. 533. fallen die Worte: Ihr Grund — des Verſtorbenen iſt, weg.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schmidt, Ernst Gottfried / Schmidt, Johann Ludwig, / Faselius, Johann Christian Wilhelm,

D. Ernst Gottfried Schmidts theoretisch-practischer Commentar über seines Vaters, D. Johann Ludwig Schmidts, practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden
Bd.: 2

Leipzig (1801)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.329-a(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703513-9
VD18 12124389-001